



**HAL**  
open science

# Le juge et le contrat : étude comparative en droits français et sénégalais

Mame Diatta

► **To cite this version:**

Mame Diatta. Le juge et le contrat : étude comparative en droits français et sénégalais. Droit. Université de Perpignan, 2022. Français. NNT : 2022PERP0026 . tel-04031382

**HAL Id: tel-04031382**

**<https://theses.hal.science/tel-04031382>**

Submitted on 16 Mar 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# THÈSE

## Pour obtenir le grade de Docteur

Délivré par  
**UNIVERSITE DE PERPIGNAN VIA DOMITIA**

Préparée au sein de l'école doctorale **INTER-MED (ED 544)**

Et de l'unité de recherche **CRESEM – EA 7397**

Axe Normes et Droit Comparé

Spécialité : **Droit Privé**

**Présentée par** Mme Mame Ngoné DIATTA

**Sous la direction de** M. Christophe JUHEL, MCF HDR

**LE JUGE ET LE CONTRAT : ETUDE  
COMPARATIVE DES DROITS FRANÇAIS  
ET SENEGALAIS**

**Soutenue le 2 décembre 2022**

**devant le jury composé de :**

M. André CABANIS, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole	Rapporteur
M. Salah Eddine MAATOUK, Professeur à l'Université Sidi Mohamed Ben Abdellah de Fès	Rapporteur
Mme Evelyne MICOU, Maître de conférences HDR à l'Université de Perpignan	Membre
M. Christophe JUHEL, Maître de conférences HDR à Université de Perpignan	Directeur

**Année universitaire**

**2022-2023**

## **AVERTISSEMENT**

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

## DEDICACES

*A la mémoire de mon père*

*A ma mère*

## REMERCIEMENTS

Mes remerciements les plus sincères vont à tous ceux qui m'ont soutenue, dans tous les sens du terme, jusqu'à ce jour :

À mon directeur de thèse, Monsieur Christophe JUHEL, pour sa disponibilité sans faille, ses conseils précieux et ses encouragements répétés. Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma plus respectueuse reconnaissance.

À ma mère pour son soutien indéfectible. Qu'elle soit assurée ici de mon attachement le plus profond.

## **SOMMAIRE**

### **PEMIERE PARTIE : LE JUGE, COREDACTEUR *A POSTERIORI* DES PARTIES DANS L'ELABORATION DU CONTENU CONTRACTUEL**

#### **TITRE 1. LA DETERMINATION DU CONTENU CONTRACTUEL PAR LE JUGE**

Chapitre 1. L'adjonction d'obligations au contenu contractuel devant la volonté tacite des parties

Chapitre 2. La modification du contenu contractuel devant la volonté expresse des parties en cas d'imprévision

#### **TITRE 2. LA DELIMITATION DU CONTENU CONTRACTUEL PAR LA JUGE**

Chapitre 1. L'élimination des clauses abusives dans le contenu contractuel

Chapitre 2. L'évolution jurisprudentielle de la lutte contre les clauses abusives

### **DEUXIEME PARTIE : LE JUGE, COLLABORATEUR DU LEGISLATEUR DANS LE DEVELOPPEMENT DE LA REGLEMENTATION APPLICABLE AU CONTRAT**

#### **TITRE 1. LE POUVOIR REFORMATEUR DU JUGE DANS LE SILENCE DE LA LOI**

Chapitre 1. L'aménagement d'un « espace de droit » dans la phase des négociations précontractuelles

Chapitre 2. L'aménagement d'une procédure de sanction au stade de l'exécution du contrat

#### **TITRE 2. LE POUVOIR INTERPRETATEUR DU JUGE DANS LE SILENCE DE LA LOI**

Chapitre 1. La clarification par le juge de la valeur normative des « directives d'interprétation » du contrat

Chapitre 2. La clarification par le juge de la notion de « standard juridique »

## SIGLES ET ABREVIATIONS

aff.	Affaire
al.	Alinéa
art.	Article
AU	Acte Uniforme
AUDCG	Acte Uniforme portant Droit Commercial Général
AUDGO	Acte Uniforme portant Droit Général des Obligations
Bull	Bulletin
c./	Contre
CA	Cour d'appel
Cass. Com	Chambre commerciale de la Cour de cassation
CC	Code civil
CE	Cour européenne
CEDEO	Communauté Economique Des Etats de l'Afrique de l'Ouest
chron.	Chronique
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
COCC	Code des obligations civiles et commerciales
Code de consom	Code de consommation
coll.	Collection
dir.	Sous la direction
éd.	Edition
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit dans le texte)
<i>in.</i>	Dans
<i>JCP G</i>	Jurisclasseur périodique édition générale
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
n°	Numéro
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (ouvrage précité)
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique

RTDCiv	Revue Trimestrielle de Droit Civil
s.	Suivant
UEMOA	Union Economique et Monétaire Ouest Africaine
v.	Voir
vol.	Volume



# INTRODUCTION GENERALE

*« L'intervention du juge dans le contrat en droit français constitue une véritable œuvre de salut contractuel public puisqu'en dépit des profonds changements qui ont affecté l'environnement politique, économique et social en France, les grands principes du droit des contrats, les maximes contractuelles générales ne sont pas d'essence légale, mais jurisprudentielle ».*

**Pr. Denis Mazeaud**

1. Le contrat est une institution apparue depuis plusieurs millénaires et qui a subi de nombreuses modifications au fil du temps<sup>1</sup>. En Europe, au formalisme romain s'est progressivement substitué le consensualisme qui constitue le principe dominant dans le Code civil de 1804. La conception classique du contrat dont l'œuvre de Napoléon est porteuse a elle-même connu de grandes évolutions. Ces changements s'expliquent naturellement par divers bouleversements inhérents notamment à la révolution industrielle, mais aussi à la multiplication et la diversification des contrats, la standardisation des concepts contractuels, le développement du contenu obligatoire du contrat et le déclin de la règle traditionnelle de l'autonomie de la volonté des contractants<sup>2</sup>. Cette transformation s'est accentuée avec l'émergence des technologies de l'information et de la communication qui favorise l'échange de consentements à distance, des usages rompant nettement avec les techniques traditionnelles où les parties se rencontrent physiquement pour conclure leur accord. Si ces évolutions doivent normalement constituer des adaptations de vieilles idées ou règles et de vieux principes à un contexte bien différent de celui dans lequel le Code civil a été conçu il y a près

---

<sup>1</sup> Pour une vision d'ensemble de l'évolution de la notion de contrat et du droit des obligations voir Jean BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'empire romain au XIX<sup>e</sup> siècle*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 2009, 477 p. ; Claire BOUGLE, Emmanuelle CHEVREAU et Yves MAUSEN, *Introduction historique au droit des obligations*, LexisNexis, 2<sup>e</sup> éd., 2011, 310 p. ; David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, coll. « Corpus », 2<sup>e</sup> éd., 2012, 919 p. ; Jean-Louis GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1992, 296 p. ; Gabriel LEPOINTE et Raymond MONIER, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Sirey, 1954, 506 p. ; Jean-Philippe LEVY, *Histoire des obligations*, Paris, Les Cours de droit, 1999, 229 p. ; Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2010, 1619 p. ; Marie-Hélène RENAUT, *Histoire du droit des obligations*, Ellipses, coll. Mise au point, 2<sup>e</sup> éd., 2008, 137 p.

<sup>2</sup> Louis JOSSERAND, « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le contrat forcé et le contrat légal », *Dalloz, Recueil Hebdomadaire*, 1940, n° 2, p. 5.

de deux siècles, il apparaît que les règles censées opérer cette évolution du contrat ont été insuffisantes, révélant bien souvent un silence « assourdissant » du législateur. Cela a conduit à l'immixtion du juge dans le contrat. S'est donc produit une transition du « libéralisme contractuel » avec le principe de l'autonomie de la volonté vers un « dirigisme contractuel ». Ainsi est né un « solidarisme contractuel » imposant une certaine coopération et collaboration entre les contractants. Loyauté, solidarité et fraternité ont été initié par la jurisprudence qui a ainsi exercé une influence remarquable sur le droit français des contrats et le processus de réforme du Code civil qui a finalement vu le jour en 2016.

2. Pour mieux comprendre l'intervention du juge dans le contrat, il est nécessaire de suivre l'évolution de la notion de contrat, notamment depuis la définition donnée par la théorie classique de l'autonomie de la volonté jusqu'aux évolutions économiques et sociales qui ont au fil des années impacté cette définition classique en même temps que les principes fondamentaux qui le gouvernent (**Section 1**). Si la pratique contractuelle a connu des évolutions, les dispositions rassemblées dans le Code civil depuis 1804 sont restées presque inchangées pendant deux siècles. Pour faire face à cette évolution et à l'inertie du droit des contrats, l'influence du juge a comblé les lacunes juridiques et en 2016, l'ordonnance du 10 février 2016 a réformé le droit des contrats en France en prenant en compte les avancées jurisprudentielles réalisées depuis deux siècles. Aussi le juge occupe-t-il une place prépondérante dans cette réforme puisqu'il a inspiré cette recodification du régime du contrat (**Section 2**).

### **Section 1. La théorie classique de l'autonomie de la volonté, fondement du contrat**

3. Selon le Code civil de 1804 la formation du contrat est essentiellement basée sur l'accord de volonté des parties érigée en source de création des obligations. Celles-ci sont libres de contracter ou non, libres de choisir leur contractant, libres de déterminer le contenu de leur contrat (§ 1). Toutefois, ce principe a connu un déclin au cours de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle (§ 2).

## § 1. La définition classique du contrat à travers les principes directeurs

4. L'autonomie de la volonté est une théorie classique issue de la philosophie des Lumières. Elle tire sa source à partir du XVIII<sup>e</sup> siècle des philosophes des Lumières comme Kant, Rousseau ou Locke qui soutiennent que l'homme est un être fondamentalement libre. Libre de faire ses propres choix sans qu'aucune force extérieure ne le lui impose. Puisque chaque homme est fondamentalement libre, il peut utiliser sa volonté pour s'engager auprès de quelqu'un d'autre<sup>3</sup>.
5. Cette autonomie de la volonté apparaît ainsi en droit des contrats comme un principe fondamental, suivant lequel, pour conclure un contrat, il faut être autonome et le faire de son propre chef, sans influence extérieure. Toutefois, en s'engageant ainsi, la volonté devient source de droit et lie celui qui s'engage. Ce principe signifie qu'un contractant ne peut être assujéti à des obligations qu'il n'a pas voulues car ce serait porter atteinte à sa liberté. Mais s'il émet sa volonté à être lié par un engagement, il doit respecter toutes les obligations auxquelles il a consenties. Il en découle dès lors de ce principe quatre conséquences : le principe de la liberté contractuelle, le consensualisme, la force obligatoire et l'effet relatif du contrat.
6. Le principe de la liberté contractuelle énonce que les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter, libres de choisir leur contractant et discuter avec lui d'égal à égal les conditions du contrats, libres de déterminer le contenu de leur contrat sous réserve d'observer l'ordre public. Ainsi, peu importe l'équilibre du contrat, si les parties ont voulu signer cet engagement, c'est qu'elles y trouvent un intérêt. De ce fait, l'Etat ne peut pas se substituer aux parties pour restaurer un éventuel déséquilibre car les parties ont librement accepté le contrat en connaissance de cause. C'est une consécration de la liberté contractuelle inhérente à la puissance reconnue à la volonté des parties de pouvoir créer un engagement. Toutefois, cette liberté ne reste fondamentale que dans la phase de formation du contrat. Au stade de l'exécution du contrat, elle sert d'avantage à protéger la sécurité juridique du contrat donc

---

<sup>3</sup> Il faut cependant noter que rien dans les travaux préparatoires du Code civil ne révèle une influence des philosophes des Lumières. Voir Bruno OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. « Précis », 1<sup>e</sup> éd., 1999, 156 p., p. 129-130. Il faut peut-être davantage se tourner vers la doctrine d'Ancien Régime, notamment les écrits de Pothier et Domat. Voir notamment Robert Joseph POTHIER, *Traité des obligations*, n° 3, in M. SIFFREIN, *Œuvres de Pothier, Traité des obligations*, tome 1<sup>er</sup>, Paris, 1821, p. 80 ; Jean DOMAT, *Traité des lois*, 1689-1694, in Joseph REMY, *Œuvres de Jean Domat*, 1828, rééd. Caen, 1989. Pour un avis contraire, voir David DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 480 et s.

l'intangibilité et l'irrévocabilité du contrat que les parties. En d'autres termes, elle n'existe que pour entrer dans le contrat et non pour en sortir<sup>4</sup>.

7. Le consensualisme dans la théorie classique de l'autonomie de la volonté relève d'une conception instantanéiste de la formation du contrat. C'est le consentement qui fait la convention. Ainsi un simple échange de consentements donne lieu à un contrat qui produit des obligations. C'est un principe suivant lequel aucune formalité ne doit être obligatoirement respectée car le contrat est basé sur le respect de la parole donnée : seul le consentement suffit à établir le lien contractuel. Le particularisme de ce principe est qu'il conduit à la création immédiate d'obligations, fournissant par la même occasion matière à procès alors que la mise en œuvre du principe formaliste permet d'échapper à ce type de tracasseries.
8. Le principe de la force obligatoire du contrat soutient que rien n'oblige les parties à contracter. Cependant, si elles s'engagent, elles restent liées par cet engagement : « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »<sup>5</sup>. En conséquence, une seule partie ne peut mettre fin au contrat par sa seule volonté car seul le consentement mutuel peut défaire ce qu'il a noué. La force de la volonté permet de comprendre pourquoi seuls ceux qui ont donné leur consentement sont engagés. S'applique en effet le principe de l'effet relatif du contrat selon lequel le contrat produit des effets entre ceux qui se sont engagés et nullement envers les tiers qui ne sont pas engagés par leur volonté.
9. Dans la théorie classique, le contrat est intangible et irrévocable dès lors que les volontés se sont rencontrées afin de préserver l'équilibre trouvé.
10. Cependant, le contrat formé par la seule volonté des parties produit ses effets à condition que ce contrat soit légalement formé. Or, cette légalité du contrat dans la théorie classique de l'autonomie de la volonté repose essentiellement sur le contentement des parties, sur l'idée d'un intérêt à contracter et sur les rapports sociaux justes (rapports équilibrés entre les parties). Il est ici regrettable de constater que le principe de l'autonomie ne permet pas de prendre en compte certaines réalités de la vie économique et sociale : cela explique son déclin et la nécessité de réadapter ce régime contractuel aux changements économiques et sociaux.

---

<sup>4</sup> Etienne MONTERO et Marie DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, La Charte, Bruxelles, 2004, p. 61-120 ; Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTDCiv.*, 1997, n° 24, p. 375-376.

<sup>5</sup> Art. 1134 du Code civil de 1804.

## § 2. Vers un déclin de la théorie classique du principe de l'autonomie de la volonté

11. Le libéralisme est le pilier de la rencontre de volonté des parties dans la formation du contrat : à la liberté économique correspond la liberté de consentir. Mais cette liberté est très vite devenue un couteau à double tranchant car elle a engendré une injustice économique et sociale. En effet, lorsque des situations d'inégalité se développent, cette liberté devient, au contraire source d'injustice. En effet, les individus ne sont pas économiquement et socialement égaux<sup>6</sup>. Un excès de liberté peut conduire à des abus de cette liberté et faire apparaître un gros avantage au profit des individus économiquement plus forts, ceux qui fixent les conditions de l'accord. Si le principe de l'autonomie veut que les parties consentent librement par un accord de volonté, force est hélas de constater que la réalité de cette égalité des parties dans l'échange de consentements est illusoire. Elle a été envisagée de façon abstraite, indépendamment de l'inégalité qui peut exister dans la vie sociale et économique.

12. Ainsi, dans la théorie classique « l'inégalité économique des parties importe peu : l'égalité juridique suffit »<sup>7</sup>. Malgré tout, « cette conception de l'égalité, pour abstraite qu'elle soit, correspond dans une large mesure à la société préindustrielle de 1804 »<sup>8</sup>. Même si cette inégalité est inhérente à la société, la partie économiquement faible n'est pas libre à cause de cette inégalité : elle s'est vu imposer des conditions auxquelles elle n'aurait pas consenti si elle avait la liberté économique de les contester. Une telle liberté revient donc potentiellement à placer les parties dans une situation d'injustice où la partie la forte dirige le contrat. D'où la nécessité de contrôler cette liberté car « entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit »<sup>9</sup>.

13. L'inégalité économique est donc la première cause du déclin du principe de l'autonomie de la volonté : l'apparition des contrats d'adhésion où l'une des parties adhère à un contrat dont les dispositions ont été fixées à l'avance par l'autre partie a révélé les limites

---

<sup>6</sup> De là les analyses et critiques marxistes de la Révolution française et du droit contrat qui en est issu ainsi que des droits de l'homme. A ce propos, le contrat de travail, tel qu'il se pratique au XIX<sup>e</sup> siècle, illustre parfaitement l'impact des déséquilibres économiques sur l'équilibre des prestations contractuelles. Voir Fernand TANGHE, « La critique marxiste du contrat de travail », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1981, p. 73-126.

<sup>7</sup> Georges BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, 1973, p. 15, n° 15.

<sup>8</sup> François GENY, « Science et technique en droit privé positif », III, Paris, Sirey, 1921, p. 103-104, n° 204 ; Jacques FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, p. 96, n° 4.

<sup>9</sup> Henri LACORDAIRE, « Sermon à la chaire de Notre-Dame », 1848, in *Conférences de Notre-Dame de Paris, 1835-1851*, 1855.

du principe consensualiste. Dans cette situation de « à prendre ou à laisser », les parties ne sont plus libres de déterminer le contenu du contrat car elles ne sont plus au même niveau lorsqu'elles contractent.

**14.** Se produit donc depuis plus d'un siècle une décadence du principe de liberté contractuelle ainsi que du principe du consensualisme car le consentement à lui seul ne suffit plus à créer un lien contractuel. Il faut désormais respecter des formes de plus en plus nombreuses et lourdes. Il est nécessaire, en plus d'exprimer le consentement, de remplir certaines formalités particulières. A l'affaiblissement du consensualisme correspond donc une résurgence du formalisme destiné à protéger la partie faible. Le consentement nécessite une forte protection afin d'assurer l'égalité et la liberté des parties dans l'approche consensualiste du contrat, même si celles-ci restent dans une certaine mesure illusoire.

**15.** Il convient également de préciser que depuis toujours la protection du consentement est nécessaire face aux vices du consentement qui remettent en cause la validité de l'accord de volonté. En effet, le consentement n'est pas toujours donné de façon claire et libre. La réalité est celle-ci, les parties peuvent donner leur accord à la hâte ou à la légère sans vraiment réfléchir. Elles peuvent agir de façon immédiate et définitive de manière aveugle, en totale confiance. Et, selon le principe de l'autonomie de la volonté, les parties sont libres de s'engager par leur propre volonté mais une fois l'engagement pris, elles doivent la respecter et ne peuvent de délier du contrat. Or, si cette volonté n'est pas toujours clairement ou librement exprimée, l'acte doit être invalidé, ce qui entraîne le passage d'un consentement libre à une obligation de consentement éclairé.

**16.** En outre, avec l'apparition d'autres formes de contrats dont la validité requiert l'accomplissement de formes particulières, le consentement ne suffit plus à établir un lien de droit. L'intervention du formalisme permet, dans une certaine mesure, de protéger les contractants, voire la volonté des contractants. Le consensualisme n'est pas en échec mais il se révèle insuffisant, nécessitant le recours à une part de formalisme. Certains auteurs évoquent à cet égard une fortification du consensualisme, réalisée grâce à sa subordination à des formalités particulières. Une telle approche permet de souligner que bien qu'il ait connu un certain assouplissement, le consensualisme demeure le principe de base de toute formation contractuelle.

17. En dehors de l'infléchissement du consensualisme provoqué par la résurgence du formalisme et de la remise en cause du principe de la liberté contractuelle avec l'apparition des contrats d'adhésion, le principe de la force obligatoire a également connu une atténuation. En effet, une des parties au contrat dispose désormais de la possibilité de se retirer unilatéralement du contrat pour conduite déloyale ou pour mauvaise foi de son cocontractant. Ainsi, une partie qui n'exécute pas ses obligations ne peut pas se prévaloir du principe de la force obligatoire du contrat. Il faut également noter l'étendue du principe de l'effet relatif aux tiers. Ce principe qui, autrefois voulait que le contrat produise des effets uniquement entre les parties ayant donné leur accord et non à l'égard des tiers, a connu une atténuation. En effet, le contrat signé entre les parties peut produire des effets à l'égard des tiers en raison de sa nature même. Peuvent être intéressés par un contrat les tiers bénéficiaires, les ayants cause, etc. qui restent liés aux effets du contrat bien que n'ayant pas participé à la signature de l'accord.

18. Toutefois, il convient de noter que ces changements, même réunis, ne remettent pas en cause le principe de l'autonomie de la volonté. Il demeure encore le principe sacrosaint, subissant seulement une adaptation grâce à l'intervention du juge qui opère un équilibre contractuel. Cela entraîne un renouveau du principe de l'autonomie de la volonté lié à l'évolution de la notion même de contrat.

## **Section 2. L'évolution de la notion de contrat et son nécessaire encadrement**

19. Il est difficile d'aborder tous les points sur lesquels des évolutions se sont fait jour étant donné qu'ils sont nombreux. Il faut se focaliser sur ceux qui peuvent être considérés comme particulièrement marquants<sup>10</sup>. Le contrat classique a, au fil des années, muté pour répondre à de nouveaux besoins suscités par les nouvelles techniques contractuelles.

20. Et comme le contrat est toujours basé sur l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle, il semble ingénieux de réencadrer ces principes afin d'assurer la protection des parties au contrat et du contrat lui-même. Dès lors, il apparaît utile d'envisager de quelle manière le contrat a évolué (§ 1) pour imaginer comment encadrer cette évolution (§ 2).

---

<sup>10</sup> Louis ROZES, « Quelques remarques sur l'évolution du droit des contrats », *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2005, p. 85-99.



## § 1. L'évolution de la notion de contrat

21. Le droit contemporain est un héritage du droit romain tel qu'il a été modifié par le droit canonique et l'apport des juristes médiévaux et modernes. Le contrat a traversé les époques et chaque époque a été le cadre d'un changement de la notion même de contrat<sup>11</sup>. En droit romain, il n'y a pas de théorie générale des contrats. Seuls les contrats nommés disposent d'une action pouvant générer des obligations. Les contrats innommés ne sont pas nécessairement pris en compte et ont une existence limitée. Ainsi leur existence n'est admise que lorsqu'un débiteur n'exécute pas ses obligations alors que son contractant l'a fait<sup>12</sup>.
22. Dans le droit canonique médiéval, c'est le consentement qui définit le contrat. Le contrat résulte d'un échange de volontés libres produisant un effet obligatoire<sup>13</sup>. A l'époque de la formation de ce droit, le contrat est conçu de manière générale car il est basé essentiellement sur le respect du consentement.
23. En droit contemporain, se produit une spécialisation progressiste du contrat même si la théorie générale des obligations est mise en avant. Cette spécialisation du contrat est favorisée par l'évolution du concept (A) et l'apparition des contrats d'adhésion (B) ainsi que des contrats dits « contrats électroniques » favorisés par les « nouvelles »<sup>14</sup> technologies de l'information et de la communication (C).

---

<sup>11</sup> Sur les obligations et contrats en droit romain, outre les ouvrages généraux d'histoire du droit privé et d'histoire du droit des obligations, voir Jean-François BREGLI, *Droit romain : les obligations*, Ellipses, janvier 2006, 310 p. ; Jean-Philippe DUNAND, Bruno SCHMIDLIN et Bénédicte WINIGER, *Droit privé romain II : les obligations*, Schulthess, 2010, 238 p. ; André-Edmond GIFFART, *Précis de droit romain*, tome 2 : *Les obligations*, Petits Précis Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1938 ; André-Edmond GIFFART et Robert VILLERS, *Droit romain et ancien droit français (des obligations)*, 4<sup>e</sup> éd., Précis Dalloz, 1976 ; Jean MACQUERON, *Histoire des obligations : le droit romain*, Aix-en-Provence, 2<sup>e</sup> éd., 1975, 505 p. ; Raymond MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain, tome 2 : les obligations*, Domat-Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd., 1948, 345 p. ; Emmanuelle CHEVREAU et Jean GAUDEMET, *Droit privé romain*, Montchrestien, Coll. « Domat », 3<sup>e</sup> éd., 2009, 430 p. ; Jean GAUDEMET, *Le droit privé romain*, Armand Colin, Coll. « U2 », 1974, 416 p. ; René ROBAYE, *Le droit romain*, Bruylant, 5<sup>e</sup> éd., 2016, 341 p. ; Patrick VASSART, *Manuel de droit romain*, Bruylant, 2014, 420 p. ; Robert VILLERS, *Rome et le droit privé*, Albin Michel, 1977, 633 p.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Jean-Paul DURAND, « Code civil et droit canonique », *Pouvoirs*, 2003/4, n° 107, p. 59-79.

<sup>14</sup> L'usage des guillemets sert à souligner ici que toutes ces technologies ne sont plus si « nouvelles » en 2022, quelques décennies après leur apparition.

## A. L'évolution du concept classique du contrat

24. L'idée selon laquelle le contrat produit des effets uniquement entre les parties ayant conclu l'accord n'est plus admissible. La force obligatoire et l'effet relatif du contrat autrefois considérés comme des principes sacrosaints sont remis en cause depuis longtemps. Plusieurs facteurs expliquent ces changements. Ils sont liés aux évolutions économiques et sociales, aux pratiques et mentalités des individus qui ont évolué et qui impliquent que le contrat suive ces changements.
25. Le premier facteur est lié à la mutabilité des parties au contrat. Les parties au contrat ne demeurent pas toujours les mêmes depuis la formation jusqu'à l'exécution du contrat. D'autres parties peuvent être ultérieurement liées au contrats même si ces dernières n'ont pas participé à la conclusion de l'accord. Ces dernières seront naturellement liées au contrat par la transmission des droits et obligations, soit parce qu'elles sont des ayants cause universels (héritiers) ou des ayants cause à titre particulier (acquéreurs), soit parce qu'elles tiennent leurs droits sur le patrimoine du débiteur (créanciers chirographaires). Dès lors, si le contrat ne nuit pas aux tiers, il leur profite désormais. Donc, à la conception subjective du contrat s'est substituée une conception objective de celui-ci.
26. Si le contrat présente une valeur économique, il doit continuer à servir et sortir de son immobilité.
27. Le second facteur se rapporte au contrat. Le contrat peut être aléatoire. Son exécution dépend alors d'évènements extérieurs, indépendamment des parties au contrat, des variations de prix, des causes de bouleversement des données économiques. Or, les changements qui affectent le contrat n'autorisent pas une modification des termes du contrat selon les solutions classiques de l'autonomie de la volonté. Mais il serait inconcevable de laisser le contrat dans cette situation au nom de l'intangibilité du contrat ou de la force obligatoire. Soit l'une des parties peut raisonnablement mettre un terme au contrat si elle estime qu'économiquement, elle ne peut pas assumer les coûts de ce changement imprévisible, soit les deux parties ont la possibilité de renégocier le contrat via les clauses d'indexation. Ainsi, comme l'affirme Saint

Thomas d'Aquin « le contractant n'est pas infidèle en ne remplissant pas sa promesse parce que les circonstances ont changé »<sup>15</sup>.

## **B. L'apparition des contrats d'adhésion**

**28.** Le contrat a connu de multiples changements. Le concept du contrat a évolué suivant le fil de l'évolution de la vie économique et sociale. Cette évolution est née de la révolution industrielle et technologique favorisant naturellement l'apparition d'autres formes de contrats. Cette multiplication et diversification des contrats a cristallisé la théorie générale des obligations. Les obligations contractuelles ne naissent plus d'un commun accord basé sur une égalité de liberté car la liberté de contracter est remise en cause par l'apparition des contrats imposés. Le consensualisme qui découle directement de l'autonomie de la volonté est remis en cause par une recrudescence du formalisme destiné à protéger la partie à qui est imposé le contenu contractuel et dont la liberté contractuelle a été restreinte<sup>16</sup>. De ce fait, la conception du contrat change, voire se diversifie, car les relations entre parties au contrat sont désormais établies de façon différente.

**29.** L'idée du contrat en tant que lien contractuel établi par un accord de volonté libre, totale et équitable, a donc évolué avec l'apparition des contrats d'adhésion. Ces contrats d'adhésion sont apparus dans un contexte marqué par la naissance d'une société de consommation. Cette société de consommation est fortement marquée par le capitalisme où règnent les inégalités économiques et sociales mais aussi les inégalités dans les connaissances et savoirs. Les contrats d'adhésion y ont vu le jour et continuent à se multiplier et à se diversifier sans cesse ; et le régime du contrat doit lui-même évoluer, être adapté pour répondre aux besoins de cette évolution.

**30.** Les contrats d'adhésion sont ceux dont le contenu est fixé préalablement par une partie, excluant toute négociation. Dans ce type de contrats, l'une des parties est en position de force, en mesure d'imposer à l'autre le contenu contractuel et l'autre en position de faiblesse, devant se réduire à adhérer au contenu préalablement établi par la partie forte. De plus en plus de contrats imposés apparaissent au fil des années et se spécialisent suivant l'évolution de la vie économique et sociale. Cela concerne le contrat bancaire, le contrat

---

<sup>15</sup> Saint Thomas D'AQUIN, *Somme théologique*, 1274, p. 1168.

<sup>16</sup> Philippe ROPENGA, « Les évolutions du formalisme : entre légalité et légitimité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 81, 2018/2, p. 5-33.

d'assurance, le contrat de distribution, le contrat de transport ou encore la franchise dont le contenu est préalablement défini par l'une des parties tandis que l'autre doit y adhérer sans possibilité de négocier. Ce sont des contrats où l'égalité entre les parties et la liberté de négocier le contenu du contrat n'existent plus. Par exemple dans un contrat de franchise, le franchiseur communique au franchisé un savoir-faire lui permettant de reproduire une réussite commerciale. Ici, le franchisé dispose de très peu de marge de manœuvre de négociation et sa liberté est restreinte au moment de l'échange de consentements. Il en va de même pour tous les contrats dont les dispositions contractuelles ont été pré-rédigées par l'une des parties.

**31.** Finalement, la conception du contrat a changé lorsqu'il s'est diversifié avec l'avènement de ces nouveaux types de contrat. La conception classique du contrat basée sur l'autonomie de la volonté, reposant sur la liberté consensuelle des parties s'est transformée et adaptée aux nouveaux besoins du contrat. Il n'est plus question de contrat généralement conçu par la liberté des contractants mais aussi un contrat généré dans l'inégalité de liberté. Cette nouvelle conception du contrat a également suscité des difficultés inhérentes à l'exposition aux abus causés par inégalité de position. En effet, les contrats d'adhésion ne sont pas établis en faveur de la partie faible. L'inégalité de liberté est toujours favorable à la partie forte.

**32.** Etant un contrat dont le contenu est indiscutable, il est souvent parsemé de clauses abusives qui peuvent créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. C'est l'une des spécificités des contrats d'adhésion. Ils sont connus pour contenir des clauses abusives rédigées en faveur d'une partie et au détriment de l'autre. Ils portent atteinte à la liberté contractuelle qui était autrefois la garante d'une volonté libre des parties.

**33.** Même si l'apparition de ces contrats est inhérente à l'évolution de la société économique et sociale, la liberté contractuelle doit demeurer maîtresse dans l'échange de consentements ou du moins doit être protégée. Cette protection de la liberté contractuelle est requise pour la partie faible.

### **C. L'apparition des contrats conclus par voie électronique**

**34.** D'autres formes de contrat dits « contrats électroniques » ont fait leur apparition avec la naissance de technologies de l'information et de la communication, mettant à l'épreuve les

contractants. Il ne s'agit plus de contrats traditionnellement conclus en présence simultanée des parties mais de contrats conclus à distance, qui recourent à une ou plusieurs techniques de communication à distance. Mais avant d'entrer en profondeur dans le processus de conclusion du contrat à distance par le biais des TIC, il convient d'envisager la genèse de cette pratique.

**35.** Tout d'abord, il est intéressant de savoir que l'internet s'est développé dans un environnement dépourvu de réglementation<sup>17</sup>. Un protocole officiel de l'Internet a été adopté en 1983 mais il reste insuffisant car il n'étend pas son autorité partout du fait de la coexistence d'autres réseaux dans les années 80<sup>18</sup>. Il n'y a pas toujours eu de vide juridique mais les règles qui ont été adoptées ne recouvrent pas tous les espaces de l'Internet. Des individus peuvent alors se retrouver dans un environnement dépourvu de réglementation générale pour conclure leur accord. En effet, de nouvelles offres sont apparues au fil des années et les dispositifs juridiques actuels ne correspondent pas à la façon de faire pour répondre à ces nouvelles offres. Les difficultés sont liées à l'absence simultanée des parties pour la formation du contrat, à l'éloignement des parties, à l'internationalité des offres. Ces nouveaux défis ont orienté l'échange de consentements dans une nouvelle dimension : internet qui devient le standard de connexion et de communication des individus à distance. Etant un lieu de rencontre entre les individus de différents horizons, les relations contractuelles ont naturellement commencé à s'y développer.

**36.** Le contrat électronique a ainsi fait son apparition et la question qui se pose est de savoir quelles règles lui appliquer. Celles qui régissent les contrats conclus entre absents ou tout simplement celles du droit commun des contrats ? Et, en outre, comment doit-on qualifier ce type de contrats ?

**37.** Le contrat électronique est un contrat qui inclut des moyens technologiques pour sa conclusion. Lors de sa formation, l'offre et l'acceptation doivent être exprimées par un message électronique. C'est la particularité des contrats conclus par voie électronique. Cette particularité suscite des interrogations sur le plan juridique car se produit une disparition de

---

<sup>17</sup> Bernardo URRUTIA, « Les enjeux pour la concurrence des marchés liés à Internet et au commerce électronique », *Gazette du palais*, n° 176, 24 juin 2000. p. 6.

<sup>18</sup> Janice Laure ALLEME, « *La protection du consommateur à l'épreuve des technologies de l'information et de la communication : Etude du droit ivoirien à la lumière du droit français* », Thèse, Droit, Perpignan, 2019, p. 20.

l'écrit papier, du fait de l'éloignement des parties, de la rapidité et à la fugacité des communications, de l'identification des parties et de la qualité des consentements échangés<sup>19</sup>.

**38.** Malgré ces changements, le contrat n'est pas affecté par le fait que l'accord soit scellé dans un environnement électronique. Il ne s'agit donc pas d'une nouvelle catégorie de contrats mais un nouveau mode de formation du contrat classique. En effet, le contrat électronique n'est pas une qualification juridique au sens propre, car « c'est une simple dénomination contractuelle par l'objet dont le régime renvoie au droit commun des contrats »<sup>20</sup>. Il respecte les conditions de validité du contrat classique mais se différencie de ce dernier par le mode opératoire des contractants. La particularité du contrat électronique réside dans la dématérialisation de l'acte, l'interactivité des parties et leur internationalité qui soulèvent un certain nombre de difficultés.

**39.** Le contrat électronique est d'abord un contrat dématérialisé dans le sens que l'accord des volontés ne se matérialise pas sous la forme d'un écrit mais résulte d'un échange de flux « immatériels »<sup>21</sup>. Le problème que pose ce nouveau format se situe au niveau de la preuve. Il est lié à la disparition du format papier mais aussi aux multiples risques liés à l'usage des réseaux ouverts aux pratiques frauduleuses. Ensuite, ce contrat est conclu dans un environnement électronique interactif d'une grande rapidité dans le déroulement des opérations. En une seconde ou en un « clic » les parties peuvent se retrouver engagées et c'est là que la question de la qualité des consentements échangés se pose car les parties sont peu identifiables. Enfin, un contrat électronique est un contrat internationalisé, qui dépasse les frontières. Le problème lié à cette pratique est l'absence de rapport direct entre les parties au contrat.

**40.** L'évolution du contrat à partir de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle a montré l'injustice que pouvait créer le libéralisme avec l'évolution de la situation économique et sociale des individus. Néanmoins, cette évolution contractuelle n'a pas été simultanée avec l'évolution des règles applicables.

---

<sup>19</sup> Le contrat électronique a fait l'objet de plusieurs études approfondies récentes : voir Essalhin FARAJ, *Le contrat électronique*, Thèse, Droit, Paris 1, 2016 ; Meryem EDDEROUASSI, *Le contrat électronique international*, Thèse, Droit, Grenoble, 2017, 742 p. ; Djamila MAHI-DISDET, *L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique*, Thèse, Droit, Avignon, 2011.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> *Ibid.*

## **§ 2. Le nécessaire encadrement de cette évolution**

41. Il est aisé de constater que les nombreuses atteintes aux principes fondamentaux du droit des contrats résultent finalement de l'inadaptation de ces principes à l'évolution de la notion de contrat (A), ce qui favorise l'intervention du juge pour répondre aux besoins du contrat (B).

### **A. Un encadrement insuffisant de la loi**

42. En France, le Code civil est resté inchangé pendant deux siècles au cours desquels le contrat a considérablement évolué. Même si le législateur à travers des codes satellites a réussi à réformer certaines branches du droit (les contrats spéciaux), le droit commun des contrats est lui resté intact pendant plusieurs siècles (1). Au Sénégal, le Code des obligations civiles et commerciales existe depuis près de soixante ans et son contenu est fortement inspiré du droit français (2).

#### **1. Dans le droit français**

43. En droit français, la plupart des textes fondamentaux qui résultent du Code civil n'ont guère subi de modification depuis l'origine malgré la rapidité des évolutions économiques, sociales et politiques qui influencent aujourd'hui grandement la matière contractuelle<sup>22</sup>. Cependant, le législateur a élaboré des règles nouvelles dans le sens d'une certaine protection des rapports juridiques, concernant le droit spécial. Cela vise les règles de protection des consommateurs dans les contrats d'adhésion et les règles propres aux « contrats électroniques ».

44. Ainsi, le contrat n'est pas le résultat d'une rencontre de volontés libres et égales, comme cela a pu être pensé autrefois<sup>23</sup>. Il s'agit bien souvent d'un acte nécessaire à la satisfaction de besoins essentiels, consenti au prix de certains renoncements ; il était souvent

---

<sup>22</sup> Louis ROZES, *op. cit.*

<sup>23</sup> Voir Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté, en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse, Droit, Dijon, 1912.

déséquilibré<sup>24</sup>. A cet effet, le législateur a adopté un certain nombre de règles de protection de la partie faible. Il s'agit par exemple de la loi Scrivener de 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédits, ou encore de la loi relative à la sécurité des consommateurs de 1983, de la loi Chatel de 2008 relative au développement de la concurrence au service du consommateur et de la loi Hamon de 2014 relative à la consommation. Dans les contrats conclus par voie électronique, des règles spécifiques propres aux « contrats électroniques » furent adoptées, notamment l'obligation renforcée d'informations préalables par écrit et l'instauration d'un délai de réflexion pour renoncer au contrat. Mais toujours est-il que ces dispositions s'appliquent de tout évidence en matière de contrats conclus par les consommateurs dans les environnements électroniques. Ces différentes règles élaborées par le législateurs sont confinées ans des Codes satellites, spéciales à certains contrats.

45. Quand bien même le législateur est intervenu pour adapter le contrat aux évolutions économiques et sociales, une bonne partie de cette évolution est laissée en rade. Il est resté silencieux pendant deux siècles alors que l'apparition de nouveaux modes de contracter suscite l'adoption de nouvelles règles. L'évolution de la vie économique et sociale n'a pas seulement impacté le concept classique du contrat mais également les principes qui le gouvernent. Le déclin de l'autonomie de la volonté et les multiples atteintes au principes fondamentaux du droit des contrats résultent de l'inadaptation de ces principes et la stabilité du Code Napoléon justifie ce fait. C'est le juge, par touches successives, est venu combler le silence du législateur.

## 2. Dans le droit sénégalais

46. A l'indépendance du Sénégal, la volonté de l'Etat de se doter des instruments juridiques propres s'est traduite par une adoption d'un Code des obligations civiles et commerciales regroupant le droit commercial, le droit de la famille et bien sûr le droit des contrats<sup>25</sup>. Entré en vigueur le 15 janvier 1967, il vise dans un premier temps à remplacer progressivement les anciennes législations françaises applicables à la colonie du Sénégal devenue indépendante et dans second temps à faire face aux impératifs du développement

---

<sup>24</sup> Jacques GHESTIN, « La formation du contrat », *Traité de droit civil*, LGDJ, 1993, n° 25.

<sup>25</sup> Isaac Yankhoba NDIAYE, J. Jean-Louis CORREA et Abdoul Aziz DIOUF (dir.), *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal, COCC : cinquante ans après*, 2 vol., L'Harmattan, Dakar, 2018.



économique<sup>26</sup>. Opter pour une codification à droit constant, il suscite beaucoup de critiques dans bien des cas où la volonté d'entreprendre cette codification ne correspond pas à des solutions de rupture avec le droit français. Même si à l'instar du droit français, le législateur sénégalais a adopté certaines dispositions relatives à la protection des contractants dans le commerce électronique (on songe ici à la loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques), cette adaptation législative reste minoritaire par rapport au contenu du Code des obligations civiles et commerciales qui a conservé sa physionomie originelle, en dépit de l'épreuve du temps et des changements économiques et sociaux observés.

47. Mais cinquante ans après sa mise en place, des réflexions sur la mise en place d'un droit contemporain étaient nécessaires. En 2016, un colloque a été organisé par des juristes dans le but de discuter des règles matérielles et des valeurs endogènes à mettre en relief pour le profilage du droit contemporain des obligations, premier contour d'une réforme du droit des obligations depuis 1967<sup>27</sup>. Mais ce Code n'a pas encore subi de réforme et il est possible de se tourner vers l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), institution internationale d'intégration juridique et économique qui a pour vocation d'unifier le droit des obligations dans tous ses Etats membres, qu'ils aient choisi ou non de se placer sous l'empire du Code civil français de la période coloniale<sup>28</sup>. Après plusieurs tentatives de réforme du droit des contrats, la codification du droit des obligations bien qu'opportune et même vivement souhaitée dans l'espace OHADA<sup>29</sup>, a fait face à des réalités d'ordre social : le taux élevé d'analphabétisme de la population dans les Etats membres et les pratiques contractuelles diverses et variées. Cette codification du droit des obligations au sein de l'OHADA a finalement été oubliée même s'il est intéressant d'étudier les dispositions qui y ont été envisagées. Elles permettent de comprendre les initiatives menées par le droit prospectif de l'OHADA.

48. Finalement, les législateurs national et communautaire n'ont pas su apporter des solutions aux changements qui ont affecté le contrat. Se pose la question de savoir si le juge national ou communautaire peut prendre les devants pour initier un droit contemporain ou se contenter tout simplement de suivre à la lettre les voies tracées par ses prédécesseurs.

---

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Guy-Auguste LIKILLIMBA, « la codification du droit des obligations dans l'espace OHADA », L'Harmattan, 2018, p. 29.

<sup>29</sup> *Ibid.*

49. Le droit commun français des contrats inerte pendant deux siècles a été réadapté à la réalité contractuelle grâce à l'œuvre du juge qui mérite d'être saluée. D'ailleurs, le juge français a profondément inspiré le juge sénégalais dans sa démarche, même si les pouvoirs de ce dernier restent limités.

## B. Un encadrement initié par le juge

50. Face au silence de la loi, le juge a l'obligation de juger sous peine de déni de justice ; principe dégagé par l'article 4 du Code civil : « le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence de la loi sera poursuivi comme coupable de déni de justice ». Dès lors, comment le juge doit pallier le silence de la loi ? Dans son Discours préliminaire de 1801 sur le premier projet de Code civil, Portalis a réparti les fonctions entre le législateur et le juge en affirmant que « l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application [...] Les juges doivent obéir aux lois et qu'il leur est défendu de les interpréter, toutes les fois qu'ils manquaient de loi ou que la loi existante leur paraissait obscure »<sup>30</sup>. Mais Portalis faisait allusion à l'interprétation par voie d'autorité qui consiste à résoudre les questions de doute par voie de règlements ou de dispositions générales<sup>31</sup>. La seule interprétation que le juge est autorisé à faire, poursuit Portalis « c'est l'interprétation par voie doctrinale qui consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés »<sup>32</sup>. Le juge a donc le pouvoir d'interpréter la loi quand elle est obscure, la compléter lorsqu'elle est insuffisante et créer de nouvelles normes quand il y a un vide juridique.

51. Cette interprétation doctrinale du juge tire sa légitimité dans l'impossibilité pour le législateur de tout prévoir<sup>33</sup>. Comme le dit Portalis, « tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre ». Le législateur ne peut pas en effet tout prévoir et les textes, une fois codifiés restent figés et s'éloignent peu à peu des événements qui ont commandés leur

---

<sup>30</sup> Jean Etienne Marie PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801.

<sup>31</sup> Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE « Le juge face au silence de la loi », *Revue du droit public*, n° 4 p. 1055.

<sup>32</sup> Jean Etienne Marie PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, *op. cit.*

<sup>33</sup> Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE « Le juge face au silence de la loi », *op. cit.*

existence, soit parce qu'ils ont évolués, soit parce qu'ils n'existent plus. En effet, la loi devient désuète ou inapplicable dès lors que les situations nées sous son empire ont évolué. Dans le cadre du Code civil de 1804 qui est resté inchangé pendant deux siècle, les textes qui régissent le droit des contrats sont devenus inapplicables, incomplètes, inadaptés, à cause de l'évolution du contrat car ils ne correspondaient plus aux réalités de celui-ci. Mais cela ne signifie pas qu'ils ne doivent pas être adaptés ou qu'il est impossible d'en créer des nouvelles. Et étant donné que le législateur n'a pas daigné remplir sa fonction qui lui a été attribué par Portalis, en conservant son silence dans la possibilité de recréer de nouvelles normes, c'est au juge qu'est revenu la tâche de combler la loi au nom du principe de juger. Les rôles se sont alors inversés puisque le législateur n'a pas suivi les sages préceptes de Portalis.

**52.** Le juge a pris l'initiative de pallier le silence du législateur, soit en interprétant les règles existantes en les adaptant aux situations nouvelles, soit en créant de nouvelles dans les cas où la loi n'a rien prévu. Le juge a ainsi pris le pas sur le législateur pour faire face aux profonds changements qui ont affecté l'environnement politique, économique et social. Pour assurer l'évolution du droit des contrats il a, au fil des années, par touches successives, bâti les fondations d'un droit des contrats nouveau tel que celui en vigueur aujourd'hui.

**53.** Plusieurs adaptations ont été effectuées par le juge et méritent d'être envisagées mais ce sont les adaptations jurisprudentielles les plus remarquables ayant bâti les fondements du droit nouveau des contrats qui méritent d'être mises en lumière.

**54.** C'est d'abord au stade de la formation du contrat que le juge étend le principe de bonne foi dans les négociations contractuelles en y exigeant un devoir d'information et de confidentialité des informations échangées. C'est lui qui a également étendu le principe de la liberté contractuelle dans la rupture des négociations à condition que les partenaires observent le devoir de bonne foi. A l'origine, la phase contractuelle était considérée comme un espace privé des parties où chacun défend librement ses intérêts, donc un espace de non droit. En outre, puisque la formation du contrat était basée sur l'instantanéité de l'accord de volonté, les discussions précontractuelles n'étaient pas prises en compte par la réglementation. Mais l'évolution du contrat a rendu cet espace de plus en plus rude avec l'apparition des contrats commerciaux, des contrats entre personnes morales, qui nécessitent des négociations longues et pointilleuses et parfois coûteuses. Afin d'encadrer cette phase précontractuelle, le juge y étend le principe de bonne foi, qui, faut-il le rappeler, est d'ordre public. Toujours dans la phase de formation du contrat, cette fois au stade de validité du contrat, le juge a fortifié le

consentement en déclarant que « le silence intentionnellement gardé par un contractant constitue un dol de nature à provoquer la nullité du contrat s'il provoquait un erreur »<sup>34</sup>. Le juge a également retenu comme vice du consentement pouvant provoquer la nullité du contrat, l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique dans laquelle se trouve une partie, pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de cette personne<sup>35</sup>

**55.** Ensuite, au stade de l'exécution du contrat, le juge a affirmé au nom du principe de bonne foi que lorsque l'économie du contrat est bouleversée par un changement de circonstances imprévisibles, le contrat devait être renégocié<sup>36</sup>. Il a également introduit dans le droit des contrats la résolution unilatérale par simple notification du créancier à ses risques et périls, en cas d'inexécution grave du contrat<sup>37</sup>.

**56.** Enfin, le juge a complété la loi dans certaines dispositions spéciales prises par le législateur notamment dans le droit de la consommation. Pour rappel, le législateur consommériste a élaboré une règle qui protégeait les consommateurs contre les clauses abusives qui ne pouvaient être réputées non écrites qu'à la condition d'avoir été préalablement prohibées par décret<sup>38</sup> ; de ce fait, la marge de manœuvre du juge était réduite car il n'était pas autorisé à apprécier les clauses énumérées par décret. Mais de fil en aiguille, devant l'incapacité du législateur à tout prévoir pour la protection optimale des consommateurs contre les clauses abusives, le juge a décidé de réputer non écrite une clause abusive stipulée dans un contrat de consommation, conférant au professionnel un avantage excessif.

**57.** Avec le droit nouveau des contrats, le législateur a repris le pouvoir sur le juge au moyen de la codification du droit des contrat qui a permis d'intégrer les principes créés par la jurisprudence du fait de l'immobilisme et de l'inertie du législateur. La réforme les a repris parfois en les modifiant, parfois en précisant leur régime, voire en les reprenant tels quels. Le législateur a finalement repris la main sur le juge et ce dernier doit être à nouveau placé sous son contrôle.

---

<sup>34</sup> Denis MAZEAUD, « Le juge face au silence de la loi », *Revue des contrats*, 2016, n° 2, p. 353.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Cass. com, 3 novembre 1992 : dans cet arrêt, il a été reproché au fournisseur de ne pas avoir accepté, à la suite des changements de réglementation sur les prix, d'adapter le contrat d'approvisionnement exclusif de façon à permettre à son distributeur agréé d'établir des prix concurrentiels.

<sup>37</sup> Denis MAZEAUD, *op. cit.*

<sup>38</sup> *Ibid.*

**58.** Le problème qui se pose maintenant est celui de savoir est-ce que l'intervention du juge était nécessaire dans l'hypothèse où le législateur a repris le contrôle sur le droit des contrats. Il s'agit notamment de se demander si législateur et les parties pouvaient à eux tous seuls venir à bout des évolutions qui ont marqué le contrat sans l'intervention du juge. Se pose la question de savoir si l'intervention du juge aux côtés du législateur et des parties au contrat constitue une garantie d'efficacité du contrat ?

**59.** Pour examiner cette question, une approche comparative des droits français et sénégalais des contrats mérite d'être menée. A partir de l'intervention du juge français, il faut analyser l'intervention du juge sénégalais dans le contrat à la lumière du droit OHADA. Cette double approche se justifie par la mise en place d'un processus d'uniformisation des droits des Etats membres de l'OHADA dont le Sénégal en fait partie. Dans le même ordre d'idées, en l'absence de jurisprudence dans le droit OHADA et dans le droit sénégalais, la jurisprudence française mérite d'être mise en avant pour mieux comprendre la logique du droit sénégalais et ce d'autant plus que le juge sénégalais s'inspire profondément de la jurisprudence française.

**60.** Au fond, il s'agit d'examiner l'intervention du juge dans le contrat sous deux angles.

**61.** D'une part, il convient de noter que l'intervention du juge dans le contrat constitue une garantie d'efficacité de celui-ci. Plusieurs points permettent de prouver ce fait mais le plus intéressant ici, c'est le pouvoir qu'a le juge de reconstituer le contenu du contrat. En effet, si les parties sont les seules à pouvoir déterminer librement le contenu de leur contrat, il est à noter que ce contenu n'est pas infaillible. Le contenu obligatoire du contrat a été largement développé et modifié au fil des années par des facteurs exogènes et des facteurs endogènes. Comme facteurs endogènes, il y a les contrats d'adhésion dont le contenu a été fixé de façon unilatérale par l'une des parties, le contenu incomplet du contrat dû au silence des parties et bien sûr le modification du contenu du contrat par le changement de circonstances imprévisibles, extérieures aux parties. De ce fait, le juge vient redéfinir le contenu du contrat mais tenant compte de la volonté des parties.

**62.** D'autre part, le juge est garant de l'efficacité du contrat dans la mesure où il a rénové le droit applicable au contrat dans l'inertie et l'immobilisme du législateur. Même si le législateur a repris le contrôle sur le juge avec la codification du droit des contrats, le juge y a laissé son empreinte car ce sont les décisions qu'il a créées qui ont fait l'objet d'adoption.

C'est pourquoi, dans certaines situations où le législateur n'a pas été précis ou reste flou sur les dispositions législatives, le juge est appelé à les clarifier. Il a laissé au juge une petite marge de manœuvre pour le compléter. Ce sont les règles d'interprétation dont les dispositions ne sont pas claires, la définition juridique de la notion de « standard juridique » qui a été confiée au juge par le législateur.

**63.** Voilà pourquoi l'analyse détaillée qu'il faut mener à ce propos doit s'articuler autour du juge en tant que corédacteur *a posteriori* des parties dans l'élaboration du contenu contractuel (**Première partie**) et le juge comme collaborateur du législateur dans le développement de la réglementation applicable au contrat (**Deuxième partie**).

**PREMIERE PARTIE : LE JUGE, COREDACTEUR *A POSTERIORI* DES PARTIES DANS  
L'ELABORATION DU CONTENU CONTRACTUEL**

- 64.** D'une manière générale, le contrat est un acte juridique qui est l'œuvre d'une manifestation de volontés de deux ou plusieurs personnes ayant pour effet de créer des liens de droit. Ces liens de droit font du contrat une loi particulière et concrète de celles qui l'ont créée (les parties) et à l'égard de toute tierce personne.
- 65.** De ce mécanisme, naît le principe de l'autonomie de la volonté des parties ayant pour corollaire le principe de la force obligatoire. Ce principe implique que seules les parties ayant exprimé leur volonté de s'engager, s'obligent et de ce fait interdit toute tierce personne n'ayant pas été obligée de s'immiscer dans le contrat, y compris le juge. Ce dernier est toutefois autorisé à intervenir dans le contrat pour secourir les parties lorsque les stipulations contractuelles de celles-ci ne favorisent pas l'exécution du contrat. L'intervention du juge dans le contrat peut parfois s'avérer complexe, sensible, ou même être vue comme un bouleversement à la stabilité ou à la sécurité juridique du contrat. En effet, le juge se trouve à la frontière entre, d'une part respecter la volonté des parties c'est-à-dire, s'abstenir de tout comportement qui porterait atteinte à la volonté des contractants, et d'autre part veiller au respect de la loi par la volonté des parties.
- 66.** Tout d'abord son intervention doit tenir compte de l'esprit du contrat ou de son contenu instauré par les parties. En principe, le juge n'est pas tenu d'imposer sa volonté aux parties. Et s'il arrive qu'il impose sa volonté à ces dernières, celle-ci doit être concordante avec celle des contractants. Autrement dit, la volonté du juge ne doit pas être niée par les parties lorsqu'elle est inhérente aux obligations de celles-ci. Il en va ainsi lorsque le manque de prévoyance des parties au moment de la conclusion de l'acte produit des lacunes au contrat et rende son exécution litigieuse. A cet effet, le juge est tenu sans même qu'il y ait accord des parties, d'imposer sa volonté à ces dernières lorsque celle-ci répond aux besoins du contrat.
- 67.** En outre, son intervention doit tenir compte de l'équilibre instauré par les parties lors de la conclusion du contrat. Par exemple, dès lors qu'il rééquilibre le contrat dans le cadre d'une révision pour imprévision, il ne doit pas imposer sa volonté aux parties ou instaurer un équilibre tel qu'il souhaite qu'il aurait dû être. En d'autres termes, son pouvoir de restaurer l'équilibre contractuel pour imprévision est relatif aux nouvelles circonstances présentes et non de son bon vouloir.



**68.** Ainsi, l'autonomie de la volonté et la force obligatoire laissent place au juge lorsque l'équité, la loyauté, l'usage, la loi et la bonne foi l'obligent non seulement à imposer aux parties des obligations qui lui paraissent nécessaires à la convention litigieuse mais également lui permettent de modifier le contenu de la convention lorsque celle-ci rencontre des difficultés d'exécution dues au changement des circonstances imprévisibles (**Titre 1**).

**69.** Par ailleurs, l'autonomie de la volonté paraît également affaiblie par l'émergence des contrats d'adhésion où les parties ne sont pas égales entre elles. Les obligations contractuelles se trouvant fixées à l'avance par l'une des parties, placent l'autre dans une situation de faiblesse où elle a la liberté d'adhérer ou non. Lorsqu'elle décide d'adhérer, elle s'oblige à un contrat dont les négociations lui ont été « interdites » et il est certain que les contrats passés entre les professionnels et les non professionnels posent parfois un souci d'équilibre entre les droits et les obligations des parties, étant donné que l'une d'elles demeure profane de l'objet du contrat. Compte tenu de la volonté réduite de l'une des parties lors des négociations, le juge s'intéresse davantage au contenu du contrat. Une fois encore, par souci d'équité et de justice contractuelle, le juge a instauré l'équilibre et la justice entre les parties en éliminant les stipulations ou clauses qui lui paraissent abusives dans la convention (**Titre 2**).

## TITRE 1. LA DETERMINATION DU CONTENU CONTRACTUEL PAR LE JUGE

70. La formation du contrat nécessite la rencontre de volonté des parties, laquelle aboutit à une exécution du contrat comme convenue par les contractants. Toutefois, l'exécution du contrat peut s'avérer parfois litigieuse dans la mesure où les parties n'ont pas su prévoir à l'avance, au moment de la conclusion du contrat, des mesures pouvant éviter la survenance de litiges.
71. Ce manque de prévoyance par les parties engendre des lacunes ou des difficultés d'exécution au moment de l'exécution du contrat. Ces difficultés d'exécution sont prises en charge par le juge. Toujours est-il que l'instauration de l'équilibre et de la justice contractuelles lui incombe. Guidé par l'équité, la bonne foi et la loi, le juge doit trouver au-delà de ce que les parties ont prévu, d'autres alternatives nécessaires, tels la révision judiciaire pour imprévision et l'ajout d'obligations à la convention des parties, pour déterminer le contenu du contrat litigieux.
72. Ainsi, la convention litigieuse est non seulement causée par des lacunes dues au silence des parties, au moment de la conclusion du contrat mais également par l'avènement de circonstances imprévisibles bouleversant l'économie du contrat. S'agissant du silence des parties, le juge procède à une adjonction d'obligations dans le contenu obligatoire du contrat. Ce mécanisme permettant l'ajout d'obligations contractuelles au contenu obligatoire du contrat est consacré par la doctrine sous plusieurs appellations différentes : qu'il s'agisse d'une « interprétation créatrice du contrat »<sup>39</sup>, d'un « forçage du contrat »<sup>40</sup> ou plus simplement d'une « détermination du contenu du contrat »<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Voir en ce sens Anne ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « L'interprétation créatrice : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat ? » *Revue des contrats*, 2015, n° 01, p. 166 : l'interprétation objective ou créatrice diffère de l'interprétation subjective ou explicative qui repose sur la recherche de la volonté existante des parties. L'interprétation créatrice étant celle qui consiste à ajouter des obligations étrangères à la volonté des parties. Voir aussi Alain BENABENT, « Droit des obligations », Montchrestien, 13<sup>e</sup> éd., 2012, n° 28.

<sup>40</sup> Louis JOSSERAND, « Le forçage du contrat », *Evolutions et Actualités*, 1934, p. 340 et s. Cette formule vise la situation où le juge introduit de force, dans le contrat, des obligations que les parties n'avaient pas explicitement stipulées.

<sup>41</sup> Anne ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « L'interprétation créatrice : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat ? » *Revue des contrats*, 2015, n° 01, p. 116.

73. D'abord certains auteurs soulèvent la problématique autour de « l'interprétation créatrice » qui désigne la recherche de la volonté inexprimée des parties. Selon Anne ETIENNEY DE SAINTE MARIE<sup>42</sup>, l'interprétation consiste à rechercher le sens véritable d'une expression existante, une volonté exprimée. Elle repart sur les traces de ce qui a déjà existé pour en extraire le vrai sens. En revanche, la création est l'action permettant de donner l'existence. Dès lors, il n'est pas possible d'interpréter dans le néant ou en créant. Ici, l'expression « interprétation créatrice » cause un souci sémantique car interprétation et création dissonent. Le vide ne peut s'interpréter, en l'occurrence le silence des parties ne peut être interprété par la création d'obligations. Il est préférable selon elle, d'user de la formule « déterminer le contenu du contrat » pour combler l'insuffisance, le manque, les lacunes laissés par les parties.

74. Ensuite, d'autres auteurs comme Louis JOSSERAND le qualifie de « forçage du contrat ». En s'en tenant au mot « forçage » du contrat, c'est une méthode qui consiste à hypertrophier le contenu du contrat en créant des obligations supplémentaires ou étrangères au contenu obligatoire du contrat que les parties n'ont pas réellement voulues. C'est obliger les parties à introduire dans le contenu contractuel, des obligations qu'elles ne souhaitent pas intégrer dans leur contrat.

75. Enfin Anne ETIENNEY DE SAINTE MARIE qualifie ce phénomène de « détermination du contenu du contrat »<sup>43</sup>. C'est d'ailleurs cette dernière expression qui doit être retenue pour mener cette étude car elle peut s'entendre de deux manières sur le plan formel puisqu'elle englobe aussi bien « l'interprétation créatrice » du juge que « la révision judiciaire du contrat ».

76. D'une part, la détermination du contenu du contrat consiste donc à compléter les lacunes du contrat dues par le silence des parties, par l'adjonction d'obligations nécessaires à l'exécution effective du contrat. En ajoutant des obligations au contenu obligatoire du contrat, le juge, complète et détermine le contenu de la convention litigieuse (**Chapitre 1**).

77. D'autre part, la détermination du contenu du contrat par le juge consiste également à modifier le contenu du contrat lorsque des événements imprévisibles bouleversent l'équilibre

---

<sup>42</sup> Louis JOSSERAND, « Le forçage du contrat », *op. cit.*

<sup>43</sup> *Ibid.*

contractuel. Ainsi, « le juge 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 »<sup>44</sup>. Depuis la disparition du célèbre arrêt Canal de Craponne, le juge détermine le contenu du contrat par le biais de la révision judiciaire **(Chapitre 2)**.

---

<sup>44</sup> Loïc CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », *Etudes offertes à Jacques Ghestin, le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, 2001, p. 177.

## **CHAPITRE 1. L'ADJONCTION D'OBLIGATIONS AU CONTENU CONTRACTUEL DEVANT LA VOLONTE TACITE DES PARTIES**

**78.** L'efficacité du contrat se mesure par rapport à son contenu, c'est-à-dire les obligations qu'il engendre pour réaliser l'objet du contrat. En droit français, le contrat est défini comme « un accord de volonté de deux ou plusieurs personnes, destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Le droit sénégalais le définit comme étant « un accord de volonté générateur d'obligations ». Il ressort de ces définitions les termes « volonté » et « obligation ».

**79.** La volonté étant une manifestation expresse d'une intention d'être lié par un contrat, la manifestation de la volonté d'une partie, concordante avec celle de l'autre, forme l'acte juridique. De là, la naissance du principe de l'autonomie de la volonté impliquant que seule la volonté des parties est source d'obligations. Cette autonomie de la volonté emporte des conséquences telles que la liberté contractuelle qui implique que les contractants sont libres de négocier le contenu et l'étendue des obligations auxquelles ils s'obligent.

**80.** L'obligation revêt plusieurs caractères : l'obligation de faire ou de ne pas faire, l'obligation de donner, l'obligation de moyen et l'obligation de résultat. Les obligations viennent du cocontractant qui est libre de se les imposer ou non. Cependant, si elles sont le fruit de sa décision, une fois décidées, elles s'imposent à lui. Une fois scellée, l'obligation tient la partie qui l'a émise en accord avec l'autre partie. L'obligation est donc le lien de droit qui existe entre deux personnes en vertu duquel, l'une d'elles, le créancier, peut exiger de l'autre, le débiteur, une prestation ou une abstention.

**81.** Toutefois, la rencontre de volonté des parties ne crée pas à elle seule les obligations issues de la convention des parties. Ainsi le contrat ne constitue pas à lui tout seul la source des obligations contractuelles. Le contrat est un acte juridique qui s'inscrit dans un ordre juridique qui le transcende et pour ce faire, le contraint à se soumettre à cet ordre juridique. L'intervention du juge s'établit dans cet ordre juridique afin de dire ce qu'il est juste de faire dans une relation contractuelle. Alors que le juge était contraint de suivre les stipulations exprimées par les parties dans les contrats de droit strict, sans pouvoir y ajouter quoi que ce

soit, il lui est permis de compléter ce qui est exprimé dans les contrats de bonne foi selon les suites que commande l'équité. Le juge n'intervient qu'*a posteriori* pour déterminer le contenu du contrat lorsque la convention s'avère litigieuse au moment de l'exécution du contrat.

**82.** D'ailleurs, l'article 1194 nouveau du Code civil énonce que « les conventions obligent non seulement à ce qui a été exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ». L'article 103 du Code des obligations civiles et commerciales déclare quant à lui qu'« en l'absence de volonté exprimée, le contrat oblige à toutes les suites que la loi, les usages, la bonne foi ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature ». Autrement dit, « le contrat se présente comme un creuset qui se remplit de ce que les parties ont exprimé, mais aussi des prescriptions (impératives ou supplétives) posées par la loi, l'usage, la bonne foi ou l'équité »<sup>45</sup>.

**83.** Au regard de ces définitions, la conception objective<sup>46</sup> du contrat permet d'admettre que seule la volonté des parties n'est pas la source des effets du contrat mais que les obligations implicites peuvent découler de la loi, de la bonne foi, de l'équité et de l'usage (**Section 1**). Par ailleurs, ayant le rôle d'assurer l'exécution des obligations contractuelles des parties, le juge peut découvrir d'autres obligations implicites. Et sous peine de déni de justice, il est tenu, s'il est nécessaire de combler des lacunes du contrat, d'introduire ces obligations au contenu obligatoire de la convention selon la nature de celle-ci (**Section 2**).

### **Section 1. Les différentes sources d'obligations introduites dans le contenu du contrat**

**84.** L'interprétation objective<sup>47</sup> du contrat par le juge tire son fondement de l'application des obligations issues de sources différentes. Comparer les deux ordres juridiques permet de comprendre la culture juridique des deux pays à travers la diversité des sources écrites et non écrites en droit français (§ 1) et des sources directes et indirectes en droit sénégalais (§ 2)

---

<sup>45</sup> Cyril GRIMALDI, « Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats », *Petites Affiches*, 2016, n° 121, p. 6.

<sup>46</sup> La conception objective consiste à déterminer le contenu du contrat par l'ajout d'obligations implicites.

<sup>47</sup> L'interprétation créatrice permettant d'ajouter des obligations au contenu du contrat par le juge sur le fondement de la loi, l'équité, l'usage et la bonne foi.

## **§ 1. Les sources écrites et non écrites en droit français**

**85.** Lorsque le juge ajoute des obligations au contenu obligatoire du contrat en application de la loi, de la jurisprudence, des usages, il interprète le contrat par référence à des sources écrites (A) et non écrites (B).

### **A. Les sources écrites : les sources d'origine légale**

**86.** L'article 1194 nouveau du Code civil précise que le contrat comporte des suites que la loi lui attache. Le contenu du contrat est déterminé par les règles de droit d'origine légale, qu'elles soient impératives (1) ou supplétives (2).

#### **1. Les règles impératives ou d'ordre public**

**87.** Les règles impératives s'imposent à tous et dans n'importe quelle situation. En matière contractuelle, les parties n'échappent pas à l'application de telles règles nonobstant le principe de l'autonomie de la volonté. Elles « interviennent en amont de l'établissement de la loi des parties car elles sont censées s'imposer aux parties dès la formation du contrat »<sup>48</sup>. Encore, faut-il que la négligence des parties ou leur volonté tacite engendre des lacunes au moment de l'exécution du contrat. Ainsi, « cette entorse au principe d'autonomie de la volonté qui, pourtant constitue un principe cardinal du droit des obligations, se justifie par la nécessité de faire primer l'intérêt collectif sur les intérêts particuliers »<sup>49</sup>.

**88.** Ainsi, les lois dites impératives obligent les parties à prendre en compte dans leur contrat au moment de sa conclusion, des obligations édictées par le législateur. Ses obligations sont inhérentes à l'ordre public et aux bonnes mœurs compte tenu de l'intérêt qu'elles défendent (santé publique et sécurité publique par exemple). Bien évidemment il faut que l'intérêt qu'elles entendent défendre soit supérieur à l'intérêt sacrifié, soit la primauté de l'intérêt général sur l'intérêt particulier.

---

<sup>48</sup> Benjamin SENDEL, *Les lois de polices en matière contractuelle*, Mémoire, Master 2, Droit, Grenoble, 2017.

<sup>49</sup> Aurélien BAMDE « Droit des contrats, Droit des obligations », *Le droit dans tous ses états*, 2017.

**89.** Il en va ainsi des obligations relatives à la santé et à la sécurité du travail dévolues au maître de l'ouvrage ou à l'employeur dans le cadre d'un contrat de construction. En effet, ces obligations sont imposées à l'employeur par les lois d'ordre public, notamment l'obligation pour l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé et assurer la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs de la construction<sup>50</sup>. Les règles impératives sont imposantes. Le manquement à une obligation d'une loi impérative annule tous les effets du contrat dès lors qu'elles sont imposées à l'avance et au su des contractants dès la formation du contrat. En revanche, les règles supplétives sont prévues pour des cas où les parties n'ont rien prévu ou restent silencieuses sur les stipulations du contrat.

## **2. Les règles supplétives ou règles d'interprétation de volonté**

**90.** Une règle supplétive est une règle qui s'applique lorsque les parties n'ont rien prévu dans leur contrat. En général, lorsque la convention des parties est muette sur un problème de droit, la règle supplétive s'applique à la volonté des parties. Lorsque la volonté des parties est tacite, le juge complète ce silence par l'application d'une règle interprétative de volonté. Au fond, « les règles supplétives ont pour fonction de suppléer le silence des parties. Elles ont, en effet, été édictées en vue de régler les situations qui n'ont pas été envisagées par les parties lors de la conclusion du contrat »<sup>51</sup>.

**91.** Les règles supplétives sont sous couvert d'interprétation de volonté car le juge clarifie ou met en lumière la volonté présumée des parties. La loi tire ainsi sa force de la volonté tacite des parties. Autrement dit, les obligations implicites des parties s'abritent derrière la volonté non exprimée de celles-ci. Dans cette situation, le juge s'appuie sur la loi pour préciser la teneur de ces obligations implicites des parties.

**92.** Ainsi, l'ajout d'obligations au contenu obligatoire du contrat en application d'une règle supplétive constitue une interprétation de la volonté tacite des parties. Dès lors, le juge ne crée pas une obligation nouvelle à la convention litigieuse, mais cette obligation existe compte tenu de la nature du contrat même si les parties ne l'ont pas insérée dans leur contrat. L'ajout de ces obligations implicites permet au juge de rappeler aux parties l'existence d'obligations inhérentes à l'exécution du contrat litigieux.

---

<sup>50</sup> Miller THOMSON, « L'ordre public et les stipulations contractuelles », 2012.

<sup>51</sup> Aurélien BAMDE, « Droit des contrats, Droit des obligations », *op. cit.*



**93.** Par exemple, pour la garantie d'éviction dans le contrat de vente, en l'absence de stipulations relatives à la garantie, il apparaît logique que le juge interprète le contrat en faisant appel à l'article 1626 du Code civil selon lequel « même si lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente ». Quand bien même les parties ne l'ont pas stipulée au moment de la conclusion du contrat, cette obligation de garantie pèse sur les parties. Une obligation implicite due à la volonté tacite des parties qu'il est nécessaire de préciser en cas de litige. Par deux arrêts du 24 septembre 2014, la Cour de cassation déclare que le vendeur d'un terrain est dans l'obligation de garantir l'acquéreur de la présence d'une canalisation d'eaux usées de la propriété voisine dès lors que cette charge diminue l'usage du bien vendu, bien que cette obligation de garantie n'ait pas été déclarée au moment de la conclusion du contrat<sup>52</sup>.

**94.** La garantie légale d'éviction s'attache à tout contrat de vente, sans qu'il y ait besoin de la stipuler. Il est possible d'affirmer ici que le juge interprète la volonté tacite des parties par l'ajout d'une obligation implicite.

**95.** Par ailleurs, dans les contrats de bail, la garantie d'éviction s'applique également au bailleur quand bien même les stipulations du contrat sont silencieuses sur l'obligation d'assurer une jouissance paisible au locataire<sup>53</sup>. Le propriétaire d'un bien à usage d'habitation a une obligation de garantie qui pèse sur lui. La Cour de cassation<sup>54</sup>, dans un arrêt du 2 mars 2017 a condamné la décision rendue par la Cour d'appel qui résilie un contrat de bail pour trouble à la jouissance paisible du locataire, ordonnant l'indemnisation du locataire. La Cour de cassation rappelle que la jouissance paisible dont bénéficie le locataire est assurée par l'obligation de garantie qui pèse sur le propriétaire. Par conséquent la résiliation du contrat doit être précédée de la reconnaissance préalable de cette obligation de garantie du propriétaire.

---

<sup>52</sup> Cass. civ. 3, 24 septembre 2014, n° 13-18.924 et n° 13-18.460.

<sup>53</sup> Art. 1719 du Code civil.

<sup>54</sup> Cass. civ. 3, 2 mars 2017, n° 15-11419 et s.

## **B. Les sources non écrites**

**96.** En France, les sources non écrites permettant au juge l'ajout d'obligations au contenu obligatoire du contrat s'avèrent être la jurisprudence (1) et les usages (2).

### **1. La jurisprudence**

**97.** La jurisprudence est une source principale d'obligations contractuelles. Outre le recours à la loi et aux usages, pour préciser la teneur des obligations des contractants sur le fondement de l'équité, la jurisprudence endosse au contrat soumis à son applications des obligations que les parties doivent assumer. Ces obligations étant essentielles et constituant un prolongement naturel de la volonté des contractants, leur présence est nécessaire pour l'exécution du contrat. Leur essence se dévoile lors de l'exécution du contrat lorsque leur manquement engendre des litiges empêchant le contrat de produire ses effets.

**98.** Ces obligations découvertes par le juge sont inhérentes au contrat. Le juge ne force pas le contenu contractuel comme le souligne le doyen JOSSERAND, par l'introduction d'obligations auxquelles les parties n'ont pas voulues. Il n'hypertrophie pas non plus le contenu du contrat par son bon vouloir en imposant sa volonté aux parties ni même en ajoutant des obligations au contrat pour modifier la volonté des parties. Il ajoute des obligations au contrat suivant la nature de celui-ci lorsque les parties n'avaient pas pris en considération ces obligations (tacites) au moment de la conclusion. De telles obligations sont essentielles à telle enseigne que les parties ne peuvent nier leur existence dans le contrat ni même les rejeter. Le juge ne fait que rappeler aux parties des obligations tacitement voulues.

**99.** L'apport de ces obligations permet non seulement le créancier d'exécuter entièrement ses obligations mais également exempt le débiteur de prouver l'existence d'une obligation. Tout compte fait, ces obligations contribuent à la réalisation des effets du contrat. Sans elles, le contrat serait litigieux et ne produirait pas de tels effets. Qu'elles soient accessoires ou essentielles, leur présence est incontestable car elles constituent un prolongement naturel de la volonté des parties. Par ailleurs, le caractère accessoire de certaines obligations dépend de la nature du contrat. Une obligation peut être essentielle dans un contrat et accessoire dans un autre. Il existe une relativité de leur importance quant à la nature du contrat.

**100.** Dès lors, les obligations découvertes par le juge lors de l'interprétation de la volonté des parties est d'abord l'obligation de sécurité. Cette obligation de sécurité est la première obligation découverte du juge dans un contrat de transport de passagers. Ensuite, elle s'est étendue à d'autres contrats puis à la sécurité des biens.

**101.** Ensuite, autre obligation essentielle découverte par le juge est l'obligation d'information. Cette obligation d'information regroupe l'obligation de renseignement, de mise en garde et de conseil<sup>55</sup>. Ayant ainsi été introduite dans des domaines variés, l'obligation d'information prend la forme d'une obligation de conseil dans un contrat, de renseignement dans un autre, puis une obligation de mise en garde dans certains contrats. En dehors de la jurisprudence comme source d'obligations contractuelles, figure une autre source d'obligations non écrite : les usages.

## 2. Les usages

**102.** L'usage est une pratique dont l'application constante, générale et ancienne en fait une règle non écrite. Les lois et les règlements y font souvent expressément référence. Ainsi à titre d'exemple, l'article 1194 du Code civil déclare que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites utiles que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». De même, l'article 1188 al. 1 prévoit que lorsque l'intention des parties ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation. Cette personne raisonnable fait référence à l'usage, comme le prévoit l'ancien article 1160 du Code civil<sup>56</sup>. Un autre exemple, l'article L. 441-6 alinéa 9 du Code de commerce dispose que la communication par tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur de ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou à tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle<sup>57</sup>, « s'effectue par tout moyen conforme aux usages de la profession ».

**103.** L'usage est ainsi une règle de droit non écrite lorsque la loi s'y réfère et source d'obligations lorsque les parties y font référence. En matière contractuelle, plus précisément

---

<sup>55</sup> Voir la section 2 de ce chapitre.

<sup>56</sup> « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées. »

<sup>57</sup> Jean-Baptiste ROZES, « Les usages : des règles contraignantes que doit connaître tout professionnel », Village de la justice, 2012.

en matière commerciale ou dans le monde des affaires, l'usage est très répandu et tout professionnel doit connaître les usages en vigueur. Toutefois, les usages lient les parties lorsqu'ils ont expressément ou tacitement été acceptés par celles-ci. Lorsqu'ils sont tacitement ou expressément acceptés par les parties, la charge de la preuve incombe à celle qui l'invoque et se justifie par tout moyen lorsque l'usage est conventionnel.

**104.** Dès lors, l'usage de droit doit être distingué de l'usage conventionnel ou de fait. L'usage de droit dispose des mêmes caractères qu'une loi. Il s'impose à tous et c'est surtout dans le silence qu'il est imposé aux parties quand bien même « elles ne se réfèrent pas aux usages et même si elles n'en connaissent pas l'existence »<sup>58</sup>. L'usage de droit n'a pas besoin d'une preuve pour justifier son existence car assimilé à une loi. L'usage conventionnel ou de fait acquiert une force obligatoire dès lors que les parties l'ont accepté dans leur contrat. Le juge doit vérifier si la volonté des parties s'y réfère en autorisant la présence d'une preuve de son existence pour la partie qui l'invoque.

**105.** Le juge interprète souverainement les usages. Dans un arrêt de la Cour de cassation sur une affaire portant sur l'ouverture de deux comptes-courants par le même titulaire décédé, le juge déclare qu'en l'absence de convention spéciale entre les parties sur la compensation des deux soldes présentant lors de leur clôture simultanée, l'un un solde débiteur, l'autre un solde créditeur, la convention doit être interprétée selon les usages applicables<sup>59</sup>.

**106.** A la différence du droit français qui classe les sources d'obligations selon leur forme écrite ou non écrite, le droit sénégalais les énonce selon qu'elles soient directes ou indirectes sur la convention des parties.

## ***§ 2. Les sources directes et indirectes en droit sénégalais***

**107.** Au Sénégal, les obligations ajoutés au contenu obligatoire du contrat par le juge, tirent leur existence dans les sources considérées comme directes (**A**) et les sources indirectes (**B**).

---

<sup>58</sup> Pikol SIENG, « Usages commerciaux », Lyon 3, 2019.

<sup>59</sup> Cass. com., 14 avril 1975, 74-10.651.

## A. Les sources directes

**108.** Par sources directes, il faut entendre l'immédiateté mais également le caractère impératif de la règle applicable. Les sources directes émettent des obligations préétablies devant être prises en compte au moment de la conclusion du contrat. En droit sénégalais, le juge sous couvert de la coutume ou les usages (2) et de la loi (1), révèle les obligations non déclarées par la volonté des parties.

### 1. La loi

**109.** En droit sénégalais, la loi au sens matériel définit les traités, les actes uniformes notamment ceux du droit OHADA, les directives de l'UEMOA et les lois ordinaires (applicables aux affaires civiles et commerciales)<sup>60</sup>. Principalement régi par le droit communautaire en matière commerciale notamment dans le monde des affaires, le droit sénégalais des contrats est soumis à l'application de ces règles de droit en matière commerciales et des règles internes en matière civile.

**110.** S'agissant de la matière civile, le juge étatique à travers les lois ordinaires reproduit le même mécanisme que le droit français. L'addition d'obligations au contenu contractuel par le juge puise sa force dans l'application des lois dites supplétives. La volonté tacite des parties est suppléée par la loi.

**111.** S'agissant de la matière commerciale, c'est l'Acte Uniforme portant droit commercial général du droit OHADA qui s'applique. Dès lors les obligations en matière commerciale imposées aux parties sont multiples. Il en va ainsi par exemple des obligations du vendeur telles l'obligation de livraison<sup>61</sup> et l'obligation de conformité<sup>62</sup>. Les parties étant tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi, il est logique d'interpréter le contrat commercial conformément au principe de l'exécution de bonne foi des conventions. Les obligations de livraison et de conformité sont inhérentes à l'exécution du contrat de vente commerciale même en l'absence de volonté exprimée par les parties.

---

<sup>60</sup> « Droit des affaires au Sénégal (OHADA) », disponible sur *cours-de-droit.net*, publié le 02 mars 2019.

<sup>61</sup> Art. 251 et s. de l'AUDCG de l'OHADA.

<sup>62</sup> Art. 255 et s. de l'AUDCG de l'OHADA.

112. S'agissant de la matière civile, ce sont les lois ordinaires en particulier les lois supplétives qui interprètent la volonté implicite des parties. Par ailleurs, le projet de l'AUDGO, du droit OHADA envisage un droit commun des contrats applicables à tous les Etats membres. Ce projet vise à harmoniser le droit des contrats dans l'espace OHADA qui n'est jusqu'à ce jour en vigueur.

## 2. La coutume ou les usages

113. A l'image des règles impératives en droit français, la coutume ou les usages ont une force contraignante et s'appliquent au contenu obligatoire du contrat. Ainsi, les parties ne peuvent se passer d'une coutume même si les stipulations du contrat sont silencieuses sur les dispositions la concernant. Elles ne sont pas censées l'ignorer. La coutume ou les usages en droit sénégalais revêtent ce caractère impératif. Mais pourquoi les usages ont-ils ce caractère impératif à l'égard des contractants ?

114. A l'origine, dans le cadre de la réforme du droit sénégalais après l'indépendance de l'Etat du Sénégal<sup>63</sup>, un besoin de restaurer les pratiques culturelles et sociales du pays était nécessaire, dès lors que l'indépendance vise à restituer et de réaffirmer les valeurs authentiques de la population. Il y avait ainsi un travail d'adaptation et de restauration sous la plume des experts juridiques chargés de réformer le droit sénégalais et cette restauration de l'identité culturelle et sociale avait porté le choix sur la coutume. Toutefois, les valeurs coutumières envisagées dans l'avant-projet de cette réforme ont vite laissé place au droit moderne (étranger) au vu de la complexité et de la diversité des coutumes pratiquées au sein de la nation. Il a fallu, pour simplifier et harmoniser le droit, opter pour la codification massive du droit étranger. Cependant, même considérablement réduite ou quasi inexistante dans les textes juridiques, la coutume et les usages existent fort bien dans le monde des affaires au Sénégal et y occupent une place très importante. Plus vieille que le droit positif, la coutume subsiste encore et résiste, en ne se laissant pas gommer par les dispositions législatives. Les usages sont devenus le droit le plus présent dans le monde des affaires au Sénégal quand bien même sa présence dans les textes juridiques est minimaliste. Etant la loi régissant les pratiques contractuelles avant la colonisation, la coutume laisse une marque

---

<sup>63</sup> Kéba M'BAYE, « L'expérience sénégalaise de la réforme du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 1970, n° 1, p. 35-42.

indélébile dans le droit moderne, malgré la tentative de toilettage du droit sénégalais : « chasser le naturel, il revient au galop ».

**115.** La coutume ou les usages sont ainsi acceptés et vus comme une norme qui a une force contraignante s'imposant à la volonté des parties lorsque ces dernières sont silencieuses sur les stipulations qui les concernent. Par exemple, l'article 255 al. 2 de l'AUDCG de l'OHADA précise que « dans le silence du contrat, le vendeur doit livrer des marchandises propres aux usages auxquels elles servent habituellement ». Etant source de droit et pour leur caractère contraignant, le juge s'appuie sur les usages pour déterminer le contenu obligatoire du contrat.

**116.** En droit sénégalais, les usages revêtent deux caractères : ils peuvent être conventionnels ou de droit. Les usages conventionnels tirent leur existence de la volonté des parties qui les consacre tacitement ou expressément. En d'autres termes, ces usages s'appliquent à la seule condition qu'ils émanent de la volonté des parties au contrat, que ces obligations soient voulues tacitement (en matière commerciale) ou expressément (en matière civile). Cependant lorsque la convention de parties devient litigieuse sur la question de l'usage, la présence d'une preuve est obligatoire pour déceler l'existence d'une obligation. Quant à l'usage de droit, il revêt un caractère impératif. Qu'il soit conçu ou non par la volonté des parties, il s'applique à la convention de celles-ci lorsqu'elle devient litigieuse. A la différence de l'usage conventionnel, l'usage de droit a le même caractère qu'une loi au sens propre. Il n'est pas nécessaire que l'obligation émane de la volonté des parties pour être prise en compte. Elle s'ajoute tout simplement à la volonté des celles-ci. L'apport de preuve quant à son existence n'est pas nécessaire. Les usages revêtent le même caractère que la loi et le juge censé connaître la loi les applique sans qu'il y ait un besoin d'établir une preuve.

**117.** Les sources directes reconnues par le droit sénégalais applicables à la convention des parties sont la loi et les usages. Etant des sources qui créent des obligations mises en charge aux parties dès la conclusion du contrat, les obligations élaborées par la loi et les usages ont une applicabilité directe sur la convention de celles-ci. Tel n'est pas le cas pour la jurisprudence et la doctrine. L'effet indirect qui leur a été attribué n'est pas dû aux faits qu'ils n'aient pas de valeurs juridiques ni une influence sur la convention des parties, mais plutôt du fait que les obligations ajoutées, s'appliquent qu'*a posteriori* au contenu de la convention des parties, qu'après conclusion du contrat et même parfois être écartées par les parties au nom du principe de l'autonomie de la volonté.

## B. Les sources indirectes

118. Elles sont considérées comme des sources indirectes dès lors que les obligations ajoutées au contenu du contrat ont été découvertes qu'en cas de litige survenu au moment de l'exécution du contrat. Ces sources ne créent pas d'obligations antérieures à la conclusion du contrat comme c'est le cas des sources directes. Elles ne sont pas considérées initialement comme une source de droit mais lorsque la loi n'a rien prévu, elles le deviennent.
119. En droit sénégalais, les sources indirectes sont la jurisprudence (1) et la doctrine (2).

### 1. La jurisprudence

120. Par son rôle de maintien de l'équilibre contractuel et de la justice contractuelle, la jurisprudence s'intéresse davantage à la vie du contrat. C'est pourquoi elle est au cœur de la création d'obligations contractuelles, faisant d'elle une source de droit des contrats. Son rôle de créateur d'obligations contractuelles vient du fait que les parties font preuve de négligence au moment de la conclusion du contrat. En outre, lorsque la loi est dépassée par l'évolution des pratiques contractuelles, le juge ne peut se retrancher sur les règles inapplicables pour résoudre les difficultés contractuelles ou tout simplement refuser d'appliquer la loi pour son inapplicabilité ou sa désuétude. Il est tenu, sous peine de déni de justice, de se prononcer sur les questions de droit. Ainsi, le manque de prévision de la loi ou la négligence des parties oblige le juge à s'intéresser au contenu du contrat pour compléter ses lacunes, lorsque la convention devient litigieuse au moment de l'exécution du contrat.
121. En droit des contrats sénégalais, la jurisprudence s'est profondément inspirée du droit français et par la même occasion, ce droit est soumis au droit communautaire en matière commerciale. Par conséquent, la détermination du contenu obligatoire du contrat dépend du domaine contractuel et du juge compétent. Lorsque le contrat litigieux entre dans le domaine civil, le juge étatique est chargé de déterminer le contenu du contrat. En revanche, lorsque la convention litigieuse est une affaire commerciale, deux possibilités s'offrent aux parties : soit le juge étatique, soit le juge de la CCJA qui est compétent<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> C. DROIT, « Droit des affaires au Sénégal (OHADA) », *op. cit.*



122. Toutefois, l'arbitrage n'offre pas de voies de recours aux parties. Toutes les voies de recours leur sont fermées et il n'est pas autorisé d'abandonner l'arbitrage au profit d'un juge étatique même si l'une des parties conteste la compétence de l'arbitrage. La sentence arbitrale n'ayant pas de force exécutoire, elle ne peut faire l'objet d'une exécution forcée car l'arbitre ne dispose pas de pouvoir contraignant. C'est pourquoi les décisions des arbitres sont prises en équité et pas sur le fondement d'une règle de droit.
123. L'inconvénient de l'arbitrage est qu'il n'offre pas de pourvoi de cassation sauf disposition expresse de la loi. Se pose la question de savoir si le pourvoi en cassation n'existe pas en matière d'arbitrage, si la sentence arbitrale n'a pas force exécutoire, si le pouvoir de l'arbitre sur la détermination du contenu du contrat ne peut pas être judiciairement remis en cause ?
124. Le juge étatique, à l'image de la jurisprudence française détermine le contenu du contrat par référence à l'équité et à la bonne foi, donc par l'ajout d'obligations découvertes lors de l'interprétation du contrat et indispensables à l'exécution de celui-ci. Il s'agit principalement des obligations de sécurité et des obligations d'information.
125. Par ailleurs, la doctrine joue également un rôle important dans l'élaboration des obligations contractuelles. Elle s'est fait une place parmi les sources d'obligations contractuelles.

## 2. La doctrine

126. La doctrine joue un rôle très influent dans le droit des contrats et des affaires au Sénégal. Son apport est non négligeable dans un ordre juridique. Elle est définie comme « l'ensemble des ouvrages dans lesquels les auteurs expliquent et interprètent le droit »<sup>65</sup> ou encore « l'opinion des auteurs qui écrivent dans le domaine du droit »<sup>66</sup>. En effet, la doctrine analyse les textes juridiques notamment les lois et la jurisprudence. Au Sénégal, la doctrine possède des caractéristiques que la jurisprudence ne détient pas dès lors qu'elle se penche sur des questions non abordées par le juge notamment sa capacité d'analyse qui contribue à dégager ou réitérer des obligations contractuelles. Actuellement la doctrine participe à l'évolution du droit des contrat aussi bien que le législateur dans l'élaboration et l'adaptation

---

<sup>65</sup> Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Wilson & Lafleur, 4<sup>e</sup> éd., 2010, p. 209.

<sup>66</sup> Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 20<sup>e</sup> éd., 2012, p. 333.

des règles relatives aux relations contractuelles. En effet, le Sénégal étant membre du droit communautaire OHADA, son Code des obligations civiles et commerciales a été codifié par le droit OHADA<sup>67</sup>, dès lors que « le législateur n'a pas achevé son envie de réformer le droit des contrats »<sup>68</sup> au vu de l'avant-projet d'Acte Uniforme portant droit des contrats. La doctrine a cependant contribué à promouvoir un droit commun des contrats aux côtés du législateur en proposant des solutions à l'évolution du droit de contrat.

**127.** Ainsi, dans le cadre de la codification du droit des obligations dans l'espace OHADA<sup>69</sup>, elle a joué un rôle important dans l'élaboration d'obligations contractuelles. Si le contrat évolue sans cesse mais que les textes qui le régissent se montrent inadaptés, des obligations implicites naissent même si elles ne figurent pas parmi celles qui ont été expressément manifestées par les parties. Emanant des suites que l'équité, de la bonne foi et de la loi qui donnent au contrat d'après sa nature, les obligations implicites sont induites dans le contenu obligatoire du contrat et mises à la charge de parties. Au vu des obligations implicites dévoilées par la doctrine se trouvent l'obligation de collaboration (l'obligation du cocontractant de mutualiser l'information et l'obligation d'entraide à l'exécution du contrat)<sup>70</sup>.

**128.** En résumé, les parties sont tenues non seulement par ce qui a été exprimé mais, également, par toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature<sup>71</sup>. Par conséquent, il est établi qu'au-delà de la volonté des parties, celles-ci sont également tenues par des obligations que le juge, dans la logique juridique, ajoute aux stipulations contractuelles ou au contenu obligatoire du contrat.

---

<sup>67</sup> Guy-Auguste LIKILLIMBA, « La codification du droit des obligations dans l'espace OHADA, » 2018, p. 29. Désireux de promouvoir un droit commun des contrats au sein des Etats membres qu'ils aient ou non codifiés le Code civil français de l'époque coloniale, les experts chargés des affaires juridiques codifient un droit des obligations applicable à tous les Etats membres.

<sup>68</sup> Moustapha KASSE, Pierre JULIEN, Christian LESTOURNELLE *et alii*, *Droit africain et sciences politiques*, EDJA, 2018, n° 118, p. 12. Le projet de réforme portant sur la codification du droit des contrats dans l'espace OHADA n'a pas vu le jour faute de multitudes pratiques contractuelles diverses et variées au sein des Etats membres. Le désir d'harmoniser un droit commun des contrats dans le droit OHADA se heurte à une complexité des pratiques coutumières d'un Etat à un autre, dès lors que cette réforme repose principalement sur l'intégration des règles coutumières.

<sup>69</sup> Guy-Auguste LIKILLIMBA, « La codification du droit des obligations dans l'espace OHADA, » *op. cit.*

<sup>70</sup> Moustapha KASSE, Pierre JULIEN, Christian LESTOURNELLE *et alii*, *Droit africain et sciences politiques*, *op. cit.*

<sup>71</sup> Art. 1193 du Code civil et 103 du COCC.

## **Section 2. La Cour de cassation et son pouvoir de détermination du contenu du contrat quant à la signification du silence des parties**

**129.** Si le juge peut se fonder sur la loi, les usages pour déterminer le contenu du contrat, il apparaît également que son œuvre prétorienne est beaucoup plus remarquable lorsqu'il détient un pouvoir d'interprétation « créatrice ». En effet, l'interprétation créatrice vise ici à ajouter dans le contenu du contrat des obligations inhérentes à l'exécution du contrat. S'il a l'autorité, sous couvert d'interprétation, d'ajouter des obligations aux stipulations du contrat d'après la nature de celui-ci, il est dès lors admis que l'obligation est essentielle et qu'elle est indispensable à la réalisation des obligations essentielles.

**130.** Ainsi, deux obligations principales découvertes par le juge, à savoir l'obligation de sécurité et l'obligation d'information, doivent être étudiées en droit sénégalais (§ 2) à la lumière du droit français (§ 1).

### ***§ 1. La découverte de l'obligation de sécurité et d'information par le juge français***

**131.** En pratique, l'obligation de sécurité (A) et l'obligation d'information (B) sont tout à fait complémentaires. La sécurité dans l'information consiste à prévenir le partenaire d'un éventuel danger de l'utilisation d'une chose mais aussi, l'information dans certains cas constitue une sécurité pour le consommateur qui reste profane de l'objet du contrat. Toutefois, l'obligation d'information a déjà existé dans les contrats spéciaux, c'est le juge, devant le silence de la loi et des parties, l'étend au droit commun des contrats, faisant d'elle, une obligation générale d'information.

#### **A. L'obligation de sécurité**

**132.** L'obligation de sécurité a été découverte par le juge dans un contrat de transport (1) puis son champ d'application a été étendu à d'autres contrats et par la suite son contenu a été élargi (2).

## 1. La découverte de l'obligation de sécurité dans les contrats de transport

**133.** Découverte en 1911 par le juge dans un contrat de transport, l'obligation de sécurité fait son entrée dans le domaine contractuel. En l'espèce, en date de 1907-1908, une affaire éclate entre une Compagnie Générale Transatlantique et un passager nommé M. Mahmoud. Blessé au cours du voyage par un tonneau à la suite d'une chute, il saisit le Tribunal de Bône en tant que victime, pour engager la responsabilité de la Compagnie. De son côté, la Compagnie saisit le Tribunal de commerce compte tenu des clauses du contrat qui stipulent qu'en cas de litige, c'est ce dernier qui est compétent. Toutefois, ni le Tribunal de Bône, ni le Tribunal de commerce (qui ne prend d'ailleurs pas en compte les clauses du contrat), ne rendirent de décision favorable aux deux parties, arguant que l'affaire relève du domaine délictuel et non du domaine contractuel.

**134.** Ainsi, le 21 novembre 1911<sup>72</sup>, saisie de l'affaire par un pourvoi en cassation formé par la Compagnie, la Cour de cassation rejette la décision rendue par le Tribunal de commerce d'Alger pour violation de l'ancien article 1134 du Code civil, (désormais 1103), qui énonçait que « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Aux termes de cet article, les stipulations du contrat impliquent que le transporteur en l'occurrence la Compagnie s'est engagée à conduire le passager à sa destination tout en assurant sa sécurité jusqu'à la fin du voyage. Autrement dit, « les clauses du contrat comportaient une obligation pour le conducteur de ramener son client sain et sauf à sa destination »<sup>73</sup>. En interprétant cette clause sur cette base, le juge découvre une obligation de sécurité qui pèse sur le conducteur. Cette obligation est essentielle car inhérente à la réalisation des effets du contrat. Autrement dit l'obligation de sécurité est une obligation principale qui fait partie intégrante à l'exécution du contrat. Ainsi, si les parties avaient introduit cette obligation dans leur contrat au moment de la conclusion de celui-ci, bien évidemment il n'est pas possible d'affirmer qu'il n'y aurait pas eu de litige ou d'accident (pour les cas de force majeure) mais le débiteur de l'obligation de sécurité mettrait en œuvre cette obligation ou en tiendrait compte pour assurer la protection et la sécurité des passagers. Et quand bien même un litige serait né, le créancier saurait à l'avance que sa responsabilité serait engagée sur le terrain de la responsabilité contractuel et délictuel.

---

<sup>72</sup> Cass. Civ., 21 novembre 1911, Cie Générale Transatlantique c/ Zbidi Hamida ben Mahmoud

<sup>73</sup> *Ibid.*

**135.** Cette obligation de sécurité vient ainsi compléter les autres obligations essentielles à la réalisation des effets du contrat. La convention ainsi litigieuse se voit dès lors combler par une obligation essentielle de sécurité. En effet, cette obligation exempte son créancier de prouver l'existence d'une faute. La présence de celle-ci dans les stipulations suffit à établir la faute en cas de manquement. Par la même occasion, le débiteur de cette obligation sait à quoi il est engagé, c'est-à-dire une obligation de résultat pesant sur lui qui consiste en l'absence d'accident durant l'exécution du contrat. Cette responsabilité est indépendante de toute faute car « le débiteur ne peut être exonéré de sa responsabilité en établissant que l'accident est dû à la faute exclusive de la victime »<sup>74</sup>. Pour produire ses effets à l'encontre du transporteur débiteur, il faut que « l'obligation représente l'objet et la finalité du contrat de transport »<sup>75</sup>, c'est-à-dire l'exécution totale du contrat. C'est une obligation essentielle qui implique, voire impose une sécurité totale mise à la charge du débiteur.

**136.** À la suite de la décision de la Cour du 21 novembre 1911, cette obligation de sécurité s'essaima dans les toutes décisions de la Cour de cassation traitant une affaire liée au contrat de transport. Il en va ainsi de l'arrêt de la Cour de cassation en date du 27 janvier 1913 affirmant que « l'exécution du contrat de transport comporte, pour la SNCF, l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination. Elle est tenue d'une obligation contractuelle de sécurité »<sup>76</sup>. Un autre arrêt de la Cour de cassation vient confirmer l'arrêt du 27 janvier 1913 en retenant l'obligation de sécurité de résultat des transporteurs ferroviaires de la SNCF. En l'espèce, le 26 septembre 1999, une voyageuse qui a été blessée au genou en tentant de remonter dans le wagon d'un train alors que celui-ci était en marche, fit assigner en justice la SNCF la réparation des dommages subis. Devant le Tribunal, les juges du fond retiennent que la responsabilité du transporteur ne peut-être exclusive et ce dernier est partiellement exonéré car la faute est due aux agissements de la victime qui essayait de remonter dans le train alors que celui-ci était en marche. En retenant une telle décision par les juges du fond, la Cour de cassation, sans qu'il y ait lieu de statuer sur le pourvoi incident, rejette la décision de la Cour d'appel et rappelle que « le transporteur tenu d'une obligation de sécurité de résultat envers un voyageur ne peut s'en exonérer partiellement et que la faute de la victime, à condition de présenter le caractère de la force majeure, ne peut jamais emporter qu'exonération totale »<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> FRANCK HÉAS, « Le devenir de l'obligation de sécurité de résultat en matière de travail » *Le Droit Ouvrier*, 2016, n° 810, p. 12

<sup>75</sup> MARC ALLEGRET « La responsabilité de la SNCF pour les dommages corporels subis par ses voyageurs en cas d'agression », *Transidit*, 2003, n° 38, p. 1.

<sup>76</sup> Cass. civ., 27 janvier 1913, Chemin de fer du Midi c/Mestrelan. Voir également Marc ALLEGRET, *op. cit.*

<sup>77</sup> Cass. civ. 1, 13 mars 2008, n° 05-12.551.

137. Toutefois, cette obligation de sécurité de résultat qui pèse sur les transporteurs ferroviaires de la SNCF est tout récemment remise en cause par un arrêt de la Cour de cassation du 11 décembre 2019<sup>78</sup>. Dans cette affaire, un passager qui s'est retrouvé dans un compartiment bondé d'un train, s'est fait écraser le pouce lors de la fermeture des portes automatiques. La victime intenta une action en justice contre la SNCF pour réparation du préjudice subi, devant le Tribunal de Grande Instance de Grasse qui déclare entièrement responsable la SNCF. La Cour d'appel d'Aix-en-Marseille, sur le fondement de l'article 1231-1 du Code civil, confirme la décision du Tribunal de Grande Instance de Grasse. Dans son pourvoi en cassation, la SNCF indique que le transport ferroviaire de la SNCF n'est pas régi par l'article 1231-1 du Code civil<sup>79</sup> mais plutôt par le « règlement (CE) n° 1371/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires »<sup>80</sup> qui exonère partiellement le transporteur en cas de faute simple due aux agissements de la victime<sup>81</sup>. Saisie de l'affaire, la Cour de cassation répond à la question de savoir si la faute simple de la victime exonère partiellement le transporteur. Dans un premier temps, la Cour appuie la décision des juges du fond en rappelant sa jurisprudence antérieure<sup>82</sup> sur la responsabilité du transporteur en cas d'inexécution de l'obligation de sécurité de résultat qui pèse sur lui. Dans un second temps, sur le fondement de l'article 11 du règlement du Parlement européen, qui décharge la responsabilité du transporteur en cas de faute simple résultant de l'imprudence de la victime, la Cour de cassation facilite l'exonération de la SNCF de sa responsabilité. La primauté du droit européen sur le droit national ainsi que la décision de la Cour sur cette affaire changent la nature de l'obligation de sécurité de résultat en une obligation de sécurité de moyens. Ce revirement de la jurisprudence ne remet-il pas en cause la responsabilité extracontractuelle du transporteur en l'exonérant partiellement, sachant que l'obligation de sécurité de résultat prend en compte les deux responsabilités à savoir contractuelle et extracontractuelle ?

---

<sup>78</sup> Cass. civ., 11 décembre 2019, n° 18-13.840 : l'exonération de la responsabilité du transporteur ferroviaire.

<sup>79</sup> « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure ».

<sup>80</sup> LAKHTER SHAY « Le droit européen au service de la SNCF : la fin de l'obligation de sécurité de résultat », 2020, Université Paris II Assas. Aux termes de l'article 11 de ce règlement, combiné à l'article 26.2, b, de l'annexe I du règlement, « la faute simple de la victime exonère partiellement le transporteur ferroviaire ».

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> Jurisprudence du 21 novembre 1911, CGT c/ Mahmoud, *op. cit.*

138. Par ailleurs, cette obligation de sécurité a été étendue à d'autres contrats et voit son contenu s'élargir par la même occasion. En effet, étant indispensable à la réalisation des effets du contrat, l'obligation de sécurité ne peut que se retrouver naturellement dans les contrats dont le contenu implique nécessairement la protection et la sécurité des cocontractants.

## 2. L'extension de l'obligation de sécurité et de son contenu

139. L'obligation de sécurité ne se cantonne plus aux seuls contrats de transport. Le juge l'a étendue à d'autres contrats dont la finalité et l'objet participent également à la protection et à la sécurité des contractants. Il en va ainsi des contrats de prestation de service et de biens.

140. Dans les contrats relatifs aux prestations de service, sont considérés comme débiteurs d'une obligation de sécurité, les exploitants de sites touristiques, de parcs de jeux, etc. Ainsi, « d'une manière générale, la jurisprudence a mis en charge des propriétaires et exploitants d'établissement accueillant une clientèle dans leur enceinte une obligation de sécurité »<sup>83</sup>. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 1977, le juge rappelle l'obligation de sécurité pesant sur le gardien d'un manège qui, pour s'exonérer de sa responsabilité vis-à-vis d'un dommage causé à un enfant (blessé par les parties mobiles d'un manège), affirmait qu'il était dans l'impossibilité d'éviter le dommage sous l'effet d'une cause étrangère qui ne lui était pas imputable alors que celui-ci avait aperçu l'enfant se tenant derrière la barrière de protection et en totale inconscience du danger due à son jeune âge, s'infiltrant sous la barrière de protection<sup>84</sup>.

141. L'obligation de sécurité pèse également sur les fabricants ou vendeurs de produits de beauté susceptibles d'engendrer des dangers pour la santé des acquéreurs. Il en va ainsi des produits destinés aux soins corporels<sup>85</sup>. Ainsi tous les vendeurs professionnels ayant pour activité de vendre ou livrer une chose, sont tenus à une obligation de sécurité en livrant ou en fabricant des produits exempts de tout défaut de fabrication de nature à créer des dangers pour les personnes ou les biens<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Bénédicte GUIDERDONI, *Le forçage du contrat par le juge*, Thèse, Droit, Caen, 2002, p. 24.

<sup>84</sup> Cass. civ. 2, 23 novembre 1977, n° 76-13.859.

<sup>85</sup> Cass. civ. 1, 22 janvier 1991, n° 89-11.699.

<sup>86</sup> Cass. civ. 1, 20 mars 1989, n° 87-16.011.

**142.** Par ailleurs, le juge a consacré par la même occasion l'obligation de sécurité autonome dans les contrats de vente en général dans une décision du 11 juin 1991. En l'espèce, une société avait livré un mobil-home à un couple qui s'est retrouvé inanimé le surlendemain dans leur véhicule, sous l'effet d'une intoxication par de l'oxyde de carbone due à la mauvaise conception du radiateur de gaz<sup>87</sup>. Depuis cette décision de la Cour, le vendeur est tenu, en plus de la garantie de vices cachés, d'assurer contractuellement la sécurité de l'acheteur en livrant des produits exempts de vices ou de défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes. Le domaine de l'obligation de sécurité s'est ainsi renforcé dans les tous contrats de vente en consacrant une obligation de sécurité autonome contre les vices cachés<sup>88</sup>.

**143.** L'obligation de sécurité s'étend également aux contrats relatifs aux biens. Elle a été découverte dans les contrats de vente. Ainsi, l'obligation de sécurité visant à protéger les personnes s'étend également aux biens appartenant ou simplement détenus par une personne. L'obligation de sécurité du vendeur professionnel couvre tous les dommages causés à la personne ainsi qu'à ses biens.

**144.** Par ailleurs, le contenu de l'obligation de sécurité s'étend notamment à travers l'obligation de surveillance qui pèse sur les professionnels. Cette obligation vient compléter, voire renforcer l'obligation de sécurité. Dans certains contrats comme les contrats qui nécessitent l'accueil d'une clientèle au sein de leur établissement comme les salles de spectacle par exemple, requiert une obligation de surveillance qui consolide l'obligation de sécurité. Dans tous les cas, la sécurité implique naturellement la surveillance.

**145.** L'obligation de sécurité est la première découverte du juge dans les contrats de transport. En effet, elle se retrouve naturellement dans les autres contrats dont la finalité et l'objet participent à la sécurité des cocontractants. C'est une obligation essentielle qui participe à la réalisation des effets du contrat.

**146.** Cette obligation n'est pas la seule que le juge a pu découvrir dans le silence tacite des parties. Une obligation d'information pèse également sur les parties.

---

<sup>87</sup> Cass. civ. 1, 11 juin 1991, « l'obligation de sécurité de la chose vendue ».

<sup>88</sup> Cass. civ. 1, 27 janvier 1993, n° 90-19.777 ; Cass. civ., 27 janvier 1995 : l'extension de l'obligation de sécurité contre les vices cachés.



## **B. L'extension de l'obligation d'information par la jurisprudence en droit commun des contrats**

**147.** A titre de rappel, l'obligation imposée aux parties doit avoir un lien avec les obligations principales qui ont été imposées à l'autre partie. Elle doit être inhérente au contrat selon la nature de ce dernier. Au tout début, l'obligation d'information a été consacrée que dans le Code de consommation où le professionnel est tenu d'informer le consommateur sur les caractéristiques essentielles de la chose vendue, ainsi que dans d'autres contrats spéciaux telle la vente de biens ou de prestation de service mais jusque-là méconnue du Code civil.

**148.** Il a fallu que le juge la réajuste ou l'étende dans le droit commun des contrats, faisant d'elle une obligation générale d'information<sup>89</sup>. En théorie, le juge ne la rajoute pas dans le contenu du contrat. Il ne fait que rappeler l'existence d'une obligation d'information présente dans le contrat et quand bien même elle est accessoire, elle demeure essentielle car les parties ne peuvent vraisemblablement l'écarter au risque d'engendrer une convention litigieuse au moment de l'exécution du contrat<sup>90</sup>.

**149.** Dès lors, qu'est-ce qu'une obligation d'information et pourquoi est-elle imposée aux cocontractants par le juge ?

**150.** D'abord, en matière contractuelle, l'information est considérée comme un outil qui sert à transmettre des connaissances utiles à son partenaire dans un but de l'éclairer dans son engagement. Elle consiste principalement à mettre au courant son partenaire contractuel d'une situation qui doit avoir un effet direct et immédiat sur le comportement envisagé, c'est-à-dire la décision de conclure ou non. C'est pourquoi, il est admis qu'une obligation d'information pèse sur les cocontractants.

**151.** D'une manière générale, l'obligation d'information incombe aux professionnels. Elle pèse sur le vendeur professionnel vis-à-vis des consommateurs dès lors que les stipulations contractuelles ont été préétablies par le professionnel. Elle incombe également à titre principal

---

<sup>89</sup> Cass. civ. 3, 21 juillet 1993, 91-20.639. Aux termes de cet arrêt, « le vendeur n'avait pas correctement satisfait à son obligation de renseignement vis-à-vis de l'acquéreur sur la situation foncière exacte de l'immeuble vendu qui restait encore confuse et que l'inexécution de cette obligation engageait sa responsabilité contractuelle tout en constatant que l'absence de renseignements précis ne lui était pas imputable et sans relever qu'il disposait d'informations qu'il n'avait pas communiquées à l'acquéreur ».

<sup>90</sup> *Ibid.*

au fabricant vis-à-vis des professionnels lorsque ces derniers ne sont pas en mesure de connaître les caractéristiques ou les propriétés d'un produit. En raison des connaissances qu'il détient sur la chose (produit), il est tenu de garantir partiellement le professionnel ou les vendeurs intermédiaires qui, sont très souvent sujets à l'indemnisation des consommateurs<sup>91</sup>.

**152.** Le but recherché par le juge en imposant aux parties l'obligation essentielle d'information réside d'une part dans la recherche de justice contractuelle. Cette recherche de justice contractuelle s'explique aisément par le déséquilibre des connaissances ou l'inégalité dans l'information entre les parties, lorsque l'une d'elle ignore légitimement des informations qui lui sont utiles ou qui lui sont dues, que l'autre partie connaisse ou doit connaître.

**153.** D'autre part, la recherche de la justice contractuelle réside dans la compensation de l'inégalité des compétences des cocontractants à savoir le professionnel qui détient toutes les connaissances sur les caractéristiques ou sur les propriétés de la choses et le consommateur qui reste profane de l'objet du contrat.

**154.** Par ailleurs, l'obligation d'information englobe toutes les obligations dont le but est d'informer le cocontractant d'un potentiel danger d'utilisation d'une chose, sur les caractéristiques d'une chose ou sur l'utilisation de la chose elle-même. Ces obligations sont diversifiées selon l'objet du contrat ou du comportement envisagé.

**155.** Tout d'abord, il y a l'obligation de renseignement. C'est une obligation neutre dont l'objet est de conscientiser le cocontractant sur les risques et avantages à conclure le contrat. Par l'obligation de renseignement, le professionnel éclaire le consommateur dans sa prise de décision en toute connaissance de cause. Il renseigne le consommateur au moyen de l'offre dont il détermine unilatéralement le contenu, les éléments nécessaires, liés à la conclusion du contrat. L'obligation de renseigner est donc un devoir qui impose de révéler un certain nombre d'informations à son partenaire, en lui laissant le libre choix de conclure ou non.

**156.** Ensuite, l'obligation de mise en garde qui « consiste à attirer l'attention du cocontractant sur un aspect négatif du contrat »<sup>92</sup>. Cette obligation permet au consommateur d'être au courant des dangers liés à l'utilisation de la chose. Par ailleurs c'est également au

---

<sup>91</sup> B. GUIDERDONI, *op. cit.*, p. 63.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 62

titre de l'obligation de mise en garde que le banquier doit « alerter l'emprunteur compte tenu de ses capacités financières et du risque d'endettement né de l'octroi du prêt »<sup>93</sup>. Cette obligation incombe aux établissements de crédit vis-à-vis des emprunteurs et caution<sup>94</sup>. La Cour de cassation dans un arrêt du 7 février 2018 a retenu une faute du banquier qui « n'avait pas rempli son obligation de mise en garde à l'égard du dirigeant auquel il consent un prêt dans le but de dissimuler l'état de cessation des paiements de l'entreprise qu'il dirige »<sup>95</sup>.

**157.** Enfin, l'obligation de conseil éclaire le consommateur sur l'opportunité de l'activité à entreprendre. Elle implique une orientation plutôt positive de l'activité du partenaire. Comme son nom l'indique, l'obligation de conseil permet de mettre en lumière l'opportunité du comportement envisagé par le consommateur par rapport à l'objectif poursuivi par ce dernier. Elle vise à recommander une solution plus adaptée aux besoins exprimés par le cocontractant. Dans une décision de la Cour de cassation du 3 avril 2002, il a été reproché à un fournisseur d'avoir manqué à son obligation de conseil dès lors que ce dernier a livré du matériel informatique incompatible avec le logiciel de traitement de texte utilisé au sein de l'entreprise<sup>96</sup>.

**158.** Le juge, en partant de la notion de bonne foi, a su imposer aux cocontractants l'obligation d'information. En effet, l'information donne du pouvoir à celui qui la détient puisque la situation d'inégalité dans laquelle une partie a connaissance d'une information que méconnaît l'autre partie peut conduire à une inégalité économique et ainsi nuire à l'équilibre du contrat. Par conséquent, la communiquer à son partenaire lui donne un pouvoir, une situation égalitaire dans l'information. C'est pour cette raison que le juge s'appuyant sur la bonne foi, impose l'obligation d'information aux contractants.

**159.** Le contrat existe s'il renferme des obligations qui sont de son essence, donc inhérentes à l'exécution du contrat. Le juge, cherchant l'utile et le juste dans le contenu contractuel, doit équilibrer les obligations contractuelles. Ces obligations ajoutées au contenu obligatoire sont le prolongement naturel des obligations des parties, lorsqu'elles sont indispensables à la réalisation de l'objet du contrat.

---

<sup>93</sup> Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 : le devoir de mise en garde d'un établissement de crédit.

<sup>94</sup> Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-13.244.

<sup>95</sup> Cass. com., 7 février 2018, n° 16-12-808 : le devoir de mise en garde du banquier.

<sup>96</sup> Cass. civ. 1, 3 avril 2002, n° 00-12.508, Inédit.

160. Par ailleurs, lorsque le juge français a découvert les obligations de sécurité et d'information, le juge sénégalais en a fait une application dès lors que ces obligations ont été consacrées par le droit sénégalais.

## ***§ 2. La consécration de l'obligation de sécurité et d'information dans le droit sénégalais***

161. Si les obligations de sécurité et d'information ont été découvertes par le juge français en l'absence de volonté expresse des parties, faisant de ces obligations une œuvre jurisprudentielle, en droit sénégalais, ces obligations ont été consacrées par la loi la et mises à la charge des parties par le juge.

162. Par ailleurs, le Sénégal étant un Etat membre de l'espace OHADA et très attaché à la primauté du droit communautaire, l'étude de la détermination du contenu contractuel par le juge sénégalais en application des obligations de sécurité d'information, doit non seulement être envisagée en droit commun des contrats (A) mais également et spécialement en droit OHADA par référence au projet de texte uniforme portant droit général des obligations (B).

### **A. L'admission dans le droit commun des contrats les obligations de sécurité et d'information**

163. A l'instar du droit français, les obligations de sécurité et d'information demeurent les obligations ajoutées à la convention de parties dès lors que leur manquement engendre un litige lors de l'exécution du contrat. L'application de l'obligation de sécurité (1) et d'information (2) dans le contenu contractuel est assurée par le juge, ayant adopté la démarche du juge français.

#### **1. L'obligation de sécurité mise à la charge du transporteur**

164. Lorsque la solution a déjà été trouvée, il ne reste plus qu'à l'appliquer aux difficultés contractuelles. Le juge sénégalais s'inspire fortement des décisions de justice françaises à savoir l'obligation de sécurité, pour traiter les cas d'espèces. Une création nouvelle ne s'impose pas dès lors que les deux ordres juridiques s'accordent sur les mêmes pratiques

contractuelles. C'est pourquoi, à l'instar du droit français, le juge sénégalais impose l'obligation de sécurité au transporteur.

**165.** Aux termes de l'article 645 al. 1 du Code des obligations civiles et commerciales, « tout transporteur est tenu de conduire le voyageur sain et sauf, à destination ». L'alinéa 2 précise que « l'obligation de sécurité pèse sur le transporteur dès l'instant où le voyageur accède au véhicule ou, au cas échéant aux installations spécialement aménagées par le transporteur en vue du transport. Elle cesse lorsque le voyageur est descendu du véhicule et, le cas échéant sorti des installations ».

**166.** Par ailleurs, l'existence d'autres contrats conclus entre professionnels et consommateurs rend l'obligation de sécurité encore plus prégnante dès lors que le législateur, à travers l'obligation de sécurité, étend implicitement la sécurité des consommateurs aux contrats d'adhésion et ce, quand bien même, dans l'ordre juridique sénégalais, le terme consommateur, bien qu'apparaissant dans la loi n° 94-63 du 22 août 1994 sur la concurrence, les prix et le contentieux économique en son article 32, aucune définition ne lui est cependant donnée. C'est le législateur OHADA à travers l'AUDCG qui lui octroie une définition<sup>97</sup>.

**167.** D'ailleurs, l'obligation de sécurité est beaucoup plus présente dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs notamment les contrats de vente, de prestation de services, régis par le droit de la consommation qui est cependant soumis au régime du droit OHADA dans le projet d'Acte uniforme portant droit des contrats. Ce projet initié en 2001 n'a pas porté ses fruits car il y a une complexité des pratiques contractuelles très variées au sein des Etats membres mais surtout, la codification se heurte aux réalités juridiques et sociologiques d'un grand nombre d'Etats membres notamment l'importance de l'analphabétisation des sujets de droit ou la faiblesse de la culture juridique dans la sous-région. Il a très vite été écarté et oublié pour être remplacé par le nouveau projet d'Acte uniforme portant droit général des obligations de 2015, qui lui-même n'est jamais entré en vigueur pour les mêmes raisons évoquées.

---

<sup>97</sup> Article 203 de l'AUDCG « toute personne qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ».

- 168.** Ainsi, il est indispensable d'étudier l'obligation de sécurité mise à la charge du transporteur envisagée par le Code des obligations civiles et commerciales qui reste le droit commun en matière de transport de personnes et de marchandises.
- 169.** Cependant, en l'absence de Code de consommation dans le maillage juridique sénégalais, les dispositions éparses contenues dans le droit sénégalais peuvent être interprétées comme applicables aux contrats de vente et de prestation de services. C'est le cas du Code de la marine marchande qui définit l'obligation de sécurité vis-à-vis du passager dans les transports maritimes ou fluviaux.
- 170.** Le juge, aux termes de l'article 645 al. 1 et 2 du Code des obligations civiles et commerciales sur les dispositions relatives à la sécurité des passagers dans les transports maritimes ou fluviaux et par référence à la célèbre jurisprudence française<sup>98</sup>, ajuste le contenu contractuel des parties en insérant l'obligation de sécurité à la convention.
- 171.** Par exemple, le 26 septembre 2002, 1 863 personnes ont péri dans le naufrage du bateau le Joola. Ce navire sénégalais assurant la navette entre Dakar et la région de Casamance a chaviré près des côtes gambiennes. La cause principale demeure la surcharge du navire, dépassant la capacité maximale de ce que pouvait transporter ce dernier en passagers mais aussi en marchandises. Et quand bien même la liaison Dakar-Casamance assurait une mission de service public non commerciale et que la gestion du navire était assurée par la marine nationale, est à noter, malheureusement, un manquement délibéré à une obligation particulière de sécurité ou de prudence. L'obligation de sécurité pesant sur le transporteur ne se limite pas au moment des déplacements du passager à bord. Ce dernier bénéficie également d'une protection tant sur le navire que dans les moments connexes, en l'espèce les zones d'embarquement et de débarquement. Or, lors du l'embarquement, le transporteur ayant dépassé la capacité maximale de ce que pouvait transporter le navire, manque à son obligation de sécurité en exposant au passager à un danger avant même que ce dernier n'entame son voyage. Pourtant, qu'il soit à bord du navire ou dans les moments connexes (embarquement et débarquement), le passager doit être transporté sain et sauf jusqu'à sa destination<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Cass. civ., 21 novembre 1911 « la découverte de l'obligation de sécurité par le juge français ».

<sup>99</sup> Art. 645 du COCC. Arrêt du 21 novembre 191, *op. cit.*

172. Contractuellement un manque de devoir de sécurité est retenu par le juge<sup>100</sup> même si l'immunité de juridiction fait obstacle à la poursuite d'injonction<sup>101</sup> déclarant l'Etat du Sénégal pénalement responsable des effets qui lui ont été reprochés.

Une autre obligation imposée aux parties pour la réalisation de l'objet du contrat est l'obligation d'information.

## 2. L'obligation d'information mise à la charge des contractants

173. L'obligation d'information tout comme l'obligation de sécurité demeure une obligation essentielle et imposée aux parties au moment de la conclusion du contrat. En droit sénégalais, l'étude de l'obligation d'information est plus détaillée dans l'encadrement des cocontractants dans le E-commerce. Le droit sénégalais sur le commerce électronique est très détaillé sur l'obligation d'information pesant sur le professionnel au profit du consommateur. Le « non-respect des exigences relatives à l'obligation d'information est sanctionné pénalement aux termes de l'article 431-48 de la loi sur la cybercriminalité »<sup>102</sup>. Les dispositions de l'article 431-44 de cette loi s'appliquent à tout manquement à l'obligation d'information au profit du consommateur prévue par l'article 10 de la loi sur les transactions électroniques.

174. Incombant d'une manière générale aux professionnels, l'obligation d'information s'entend d'une obligation de renseignement, de conseil et de mise en garde. L'obligation d'information qui coexiste désormais avec les autres obligations principales des parties, est incontournable dans la réalisation de l'objet du contrat. Le professionnel étant en situation de force par rapport au consommateur, cette obligation lui incombe. En droit sénégalais, l'une des raisons qui expliquent la protection du consommateur est basée sur l'importance de la communication de l'information. L'information étant la porte d'entrée du consommateur vers un engagement dont les conditions d'adhésion lui ont été imposées, il est logique de penser que le juge doit imposer au professionnel un devoir d'information.

---

<sup>100</sup> Cass. Crim., 19 janvier 2010, association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs « FENVAC SOS catastrophe » et association des familles de victimes du Joola, pourvoi n° 09-84818.

<sup>101</sup> La coutume internationale, s'oppose à la poursuite des États devant les juridictions pénales d'un État étranger, s'étend aux organes et entités qui constituent l'émanation de l'État ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes relevant de la souveraineté de l'État concerné.

<sup>102</sup> Patrice SARR, « La protection du consommateur sénégalais dans le commerce électronique », *Village de la justice*, 2011.

**175.** Lorsqu'il s'agit d'un contrat passé par voie électronique, l'obligation d'information est plus pressante. Le juge prend en compte l'absence des parties pour motiver sa décision d'imposer une obligation d'information.

**176.** Néanmoins, l'absence de Code de la consommation sénégalais et l'existence implicite de l'obligation d'information dans le Code des obligations civiles et commerciales ne remettent pas en cause un devoir d'information pesant sur les parties. C'est ainsi que la Cour d'appel de Dakar dans une décision rendue le du 7 avril 2005, portant sur un bail, a retenu une obligation d'information à la charge du preneur. En l'espèce, un preneur avait consenti une sous-location à un tiers alors que les stipulations du bail ne l'autorisent pas au nom du principe d'interdiction de sous-location posé par l'article 89 de l'AUDCG de l'OHADA. Toutefois, les parties peuvent convenir d'une telle possibilité lors de la signature du contrat de bail ou peuvent convenir d'un commun accord ultérieur au moment de l'acte de sous-location. Ainsi, le preneur ayant consenti un contrat de sous-location à un tiers sans en informer le propriétaire, manque à son devoir d'information rendant l'exécution du contrat de bail litigieux. En effet, le preneur s'est vu refuser le renouvellement du bail dû au non-respect de l'obligation d'information. La Cour d'appel a condamné l'inexécution de l'obligation d'information qui incombe au preneur<sup>103</sup>.

**177.** L'obligation d'information incombe également au banquier à l'égard de son client dès lors que ce dernier dispose des titres dans leur livre (comptes bancaires). Dans un arrêt rendu par la Cour Suprême de Dakar, la SGBS (Société Générale de Banque du Sénégal) avait commis une faute en acceptant de payer un chèque comportant une surcharge alors que l'anomalie apparente et l'importance de la somme à encaisser (25.300.000 f CFA) par le supposé porteur, devait l'inciter à en informer son client avant de procéder à l'encaissement. La cour a retenu la violation d'une obligation d'information du banquier au sens de l'article 43 du Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'UEMOA<sup>104</sup>.

**178.** Par ailleurs, les obligations de sécurité et d'information à la charge des parties sont envisagées dans le projet portant AUDGO qui vise à harmoniser un droit commun des contrats dans l'espace OHADA.

---

<sup>103</sup> CA, 7 avril 2005, n° 384.

<sup>104</sup> C. Sup., 6 mars 2019, n° 21.



## **B. L'admission de l'obligation de sécurité et d'information dans le futur Acte Uniforme de l'OHADA portant droit général des obligations**

**179.** Le droit OHADA visant l'harmonisation du droit dans les Etats membres dispose dans son ordre juridique divers Actes uniformes visant à uniformiser le droit. Dans son processus d'unification du droit, il envisage une codification d'un futur Acte uniforme portant droit des obligations. Cet Acte uniforme qui est en processus d'élaboration n'a pas encore vu le jour, faute de pratiques contractuelles très variées et multiples mais surtout se heurte à un taux d'analphabétisme des sujets de droits dans la sous-région.

**180.** Toutefois, cet acte uniforme apporte des innovations quand bien même il est n'est pas encore applicable. Toujours est-il que cet Acte uniforme très prometteur amène à se pencher sur son contenu afin d'en découvrir les lignes directrices. S'inspirant du droit européen et en particulier du droit français, ce droit nouveau propose un contenu similaire, s'agissant du droit des contrats et des obligations.

**181.** L'obligation étant un lien de droit par lequel le créancier exige du débiteur une prestation ou une abstention, est une création des parties mais également une création jurisprudentielle.

Dans le projet de l'Acte uniforme portant droit des obligations, les obligations de sécurité (1) et d'information (2) ont été envisagées pour être imposées aux parties par le juge.

### **1. L'obligation de sécurité envisagée dans le futur AUDGO**

**182.** D'une manière générale, l'examen des dispositions du projet permet de constater que celles-ci ne font que codifier et préciser essentiellement ce qui a été construit par la jurisprudence française<sup>105</sup>. Aux termes de l'article 3 al. 2 de ce projet, les obligations implicites découlent « de la nature du contrat, de la bonne foi ». Il s'agit d'une conception d'origine jurisprudentielle consistant à compléter le contenu du contrat selon la nature de celui-ci, par l'ajout de nouvelles obligations.

---

<sup>105</sup> Pierre MEYER, « L'avant-projet d'acte uniforme du droit OHADA sur le droit des contrats : innovations et débats », p. 297.

**183.** Ainsi, l'obligation de sécurité étant l'une des obligations découvertes par le juge français, et essentiellement codifiée par ce projet, il n'en demeure pas moins que le juge sénégalais l'appliquera à l'instar du juge français, quant à la détermination du contenu du contrat.

**184.** L'article 16 de l'Acte uniforme de ce projet énonce que « l'obligation de sécurité impose au débiteur de veiller à l'intégrité de la personne du créancier et de ses biens ». Cet article ne précise pas dans quel contrat l'intégrité de la personne doit-être assurée. S'agit-il des contrats de transport, de prestation de services ? Dans tous les cas, en s'en tenant à la définition de l'article 16, l'obligation de sécurité vise à imposer une sécurité au profit des clients accueillis dans des établissements proposant des prestations de services et des différents passagers dans les contrats de transports.

**185.** On présume que l'obligation de sécurité envisagée dans cet avant-projet est une obligation de résultat d'autant plus que la jurisprudence française, au moment de la découverte de l'obligation de sécurité l'a considérée comme un étant une obligation de résultat jusqu'à une récente affaire où elle la reconsidère comme une obligation de moyen<sup>106</sup>.

La jurisprudence sénégalaise fera de même ou prendra-t-elle en compte l'obligation de sécurité de résultat initialement retenue ?

En l'absence de décisions de justice rendues par le juge sur la question de l'obligation de sécurité, il est impossible de savoir si le juge retiendra l'obligation de sécurité de résultat ou de moyen.

**186.** Ainsi, dans l'hypothèse où le juge retient l'obligation de sécurité de résultat, le professionnel mis en charge est tenu de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour assurer la sécurité de son cocontractant. Autrement dit, le professionnel doit non seulement disposer de tout moyen lié à la protection de son cocontractant mais également mettre en œuvre de tels moyens pour assurer la protection de l'intégrité physique de son cocontractant. Par exemple dans le cadre d'un contrat de transport, le conducteur est tenu de transporter son passager sain et sauf jusqu'à sa destination<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> Cass. civ., 11 décembre 2019, n° 18-13.840, *op. cit.*

<sup>107</sup> Jurisprudence du 21 novembre 1991, *op. cit.*,

**187.** Dans les contrats de prestation de services, les établissements accueillant leur clientèle sont eux aussi tenus d'une obligation de sécurité de résultat. Ainsi, les moyens nécessaires dont dispose le professionnel dans le cadre de la protection de sa clientèle dans les contrats de prestation de services sont des appareils de surveillance, de protection. Non seulement le professionnel doit détenir ces moyens mais également assurer que la clientèle soit saine et sauve durant toute l'activité.

**188.** Dans l'hypothèse où le juge retiendrait l'obligation de sécurité de moyen, le professionnel est tenu de mettre en œuvre tous les moyens disponibles pour assurer la sécurité de son cocontractant. De ce fait, la responsabilité du professionnel en cas de préjudice doit être évaluée en fonction de la mise en œuvre de tels moyens.

## **2. L'obligation d'information envisagée dans le futur AUDGO**

**189.** L'obligation d'information envisagée dans le projet est intitulée sous la forme d'une obligation de collaboration contractuelle entre les parties, faisant écho à l'article 1104 du Code civil français. C'est une innovation majeure de ce projet car, pour une fois, elle ne s'appuie pas sur la jurisprudence française. L'obligation de collaboration contractuelle oblige les parties à coopérer pour moraliser et fluidifier les relations contractuelles.

**190.** Dérivée de la bonne foi selon l'article 1104 du Code civil, et déduite de l'équité aux termes des articles 1194 du Code civil et 103 du Code des obligations civiles et commerciales, l'obligation de collaboration contractuelle est une obligation implicite qui est « en latence dans tout contrat et qui est prête à surgir des tréfonds de celui-ci pour venir au secours aux parties »<sup>108</sup>. Ainsi, l'obligation de collaboration contractuelle coexiste naturellement avec les obligations principales dans tout contrat. Elle est inhérente au contrat et met en présence la satisfaction des intérêts communs des parties qui sont l'essence même de la réalisation de l'objet du contrat. Ayant un but d'harmoniser la vie contractuelle des parties afin que celles-ci bénéficient de leurs intérêts, elle participe à la réalisation de l'objet du contrat. Cette obligation de collaboration appelle à la fraternité, à la coopération des parties œuvrant pour les intérêts de l'une et de l'autre.

---

<sup>108</sup> Dieudonné SOWENG, « Aperçu synoptique de l'obligation de collaboration contractuelle en droit OHADA », *Revue EDJA*, 2018, n° 118, p. 29.

**191.** Pour une réalisation de l'objet du contrat, les parties sont tenues à travers l'obligation de collaboration contractuelle, d'une obligation de mutualiser l'information et d'entraide à l'exécution du contrat. L'information est considérée comme un outil de communication en guise de transférer des connaissances. En principe, le bien informé est tenu de transférer des connaissances au mal informé.

**192.** La mutualisation de l'information repose sur un devoir implicite en charge pour le contractant, celui qui détient l'information utile et déterminante, celui qui est le mieux outillé, le plus compétent de communiquer l'information à l'autre, relativement à l'objet du contrat. La situation d'inégalité dans laquelle se trouvent les parties au regard de l'information, doit obliger l'une des parties détenant des informations à les dévoiler. L'entraide à l'exécution du contrat est un devoir de loyauté envers son contractant. Elle impose un échange d'informations entre les parties notamment le devoir d'avertir son contractant des événements à venir ou à prévoir, pour faciliter l'exécution du contrat.

**193.** Ainsi, la collaboration contractuelle survient dès la phase précontractuelle de formation et se poursuit jusqu'à l'exécution du contrat. Cette collaboration contractuelle par la mutualisation de l'information et d'entraide à l'exécution du contrat participe à l'efficacité du contrat. Cette efficacité du contrat se mesure par rapport à son contenu notamment les obligations qu'il engendre en vue d'une réalisation effective de l'objet. Or, en collaborant, les parties doivent rechercher avant tout « la justice contractuelle et l'effectivité du contrat qui s'érigent ici en une efficacité du contrat. De ce fait, il est impérieux qu'elles comprennent qu'elles ont intérêt à entretenir des rapports de partenariat pour mieux atteindre les objectifs qui étaient les leurs au moment de la conclusion du contrat »<sup>109</sup>.

**194.** L'obligation du contractant de mutualiser l'information s'entend d'une obligation générale d'information. Une obligation implique à la charge du contractant le plus informé en l'occurrence le professionnel de communiquer toutes les informations relatives à l'objet du contrat au consommateur qui et le profane de l'objet. Dans la phase précontractuelle, elle implique l'obligation de renseignement, de conseil et de mise en garde, qui éclairent le consentement du cocontractant. Dans la phase de l'exécution, elle oblige le contractant à fournir toutes les obligations relatives à l'exécution du contrat. Cette obligation concourt à la réalisation de l'objet ou sur le déroulement de l'opération contractuelle objet du contrat.

---

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 39.

**195.** En conclusion, les obligations de sécurité et d'information telles qu'elles résultent de l'œuvre jurisprudentielle s'essaiment dans tous les ordres juridiques y compris le droit sénégalais.

## Conclusion du chapitre

- 196.** L'efficacité du contrat se mesure par rapport à son contenu, c'est-à-dire les obligations qu'il engendre afin que son exécution soit effective. Cependant, le contenu du contrat est incomplet dès lors que son objectif n'a pas été atteint au moment de l'exécution de celui-ci. Des obligations nécessaires manquent au contenu contractuel car en effet, la seule volonté des parties ne suffit pas à établir un lien de droit.
- 197.** C'est pourquoi, d'autres obligations sont ajoutées au contenu contractuel pour que l'exécution soit effective. L'introduction des obligations dans le contenu contractuel est l'œuvre du juge. Par le pouvoir qui lui a été conféré d'assurer l'application du droit, il a l'obligation, sous peine de déni de justice et surtout pour veiller à la justice contractuelle, d'équilibrer les obligations des parties. Cet équilibre contractuel renvoie ici à l'ajout d'obligations dans le contenu obligatoire du contrat lorsque ce dernier présente des lacunes.
- 198.** Quant à la comparaison des deux ordres juridiques, le droit français des contrats étant un droit qui a été construit sur la base des pratiques contractuelles de la société, la découverte d'obligations par le juge constitue un prolongement naturel de codification des pratiques contractuelles de celle-ci. Tandis que le droit sénégalais qui, s'inspirant du droit français, applique un droit importé qui ne correspond pas aux mêmes réalités contractuelles. De ce fait, ce droit s'adapte au contenu du droit étranger notamment la codification de la jurisprudence française à travers les obligations de sécurité et d'information.
- 199.** Il n'existe donc pas de distinction majeure quant au pouvoir du juge de déterminer le contenu du contrat. La seule distinction mineure réside dans le fait que le juge français met à la charge aux parties les obligations qu'elles ont implicitement voulues alors qu'en droit sénégalais, compte tenu de l'importation du droit français, le juge applique la jurisprudence française aux cas d'espèce.

## CHAPITRE 2. LA MODIFICATION DU CONTENU CONTRACTUEL DEVANT LA VOLONTE EXPRESSE DES PARTIES EN CAS D'IMPREVISION

**200.** La disparition de l'arrêt du Canal de Craponne dans l'ordonnance du 10 février 2016 en France, a ouvert de nouvelles portes au juge quant à la révision du contrat pour imprévision. Cette décision prise par la Cour de cassation en date du 6 mars 1876<sup>110</sup> qui, faut-il le rappeler, pose le principe d'interdiction au juge de réviser le contrat lorsque des circonstances imprévisibles viennent bouleverser l'équilibre du contrat et rendent ainsi son exécution onéreuse pour la partie qui ne supporte pas d'en assumer les risques.

**201.** En dépit de cette interdiction, les juges n'ont pas pu rester longtemps à l'écart des difficultés d'exécution du contrat. Il existe des tempéraments jurisprudentiels allant dans le sens de réadapter le contrat sans remettre en cause le principe de l'intangibilité posé par la jurisprudence du Canal de Craponne. Les manifestations les plus en vue d'un ébranlement de ce principe reposait exclusivement sur la bonne foi. Ainsi, la bonne foi qui a d'ailleurs été consacrée comme un principe d'ordre public, favorise l'intervention du juge dans le contrat lorsque la restauration de l'équilibre contractuel et de la justice contractuelle repose sur cette bonne foi.

**202.** Il en va ainsi de la décision de la Cour de cassation du 3 novembre 1992<sup>111</sup> et celle du 24 novembre 1998<sup>112</sup> dans lesquelles, le principe de bonne foi donne la possibilité au juge de renégocier le contrat. Ainsi, si l'imprévision est aujourd'hui admise par le législateur dans l'ordonnance de 2016, le juge a en partie influencé cette prise de décision.

C'est pourquoi, l'ordonnance consacre dans l'article 1195 du Code civil, la révision judiciaire pour imprévision (**Section 1**).

---

<sup>110</sup> Cass. civ., 6 mars 1876 : depuis le célèbre arrêt du Canal de Craponne, tout pouvoir de modifier une convention qui est valablement conclue, est refusé au juge civil, même si les circonstances ont rendu l'exécution manifestement contraire à l'équité.

<sup>111</sup> Cass. civ., 3 novembre 1992, Huard : selon la décision de la Cour, le contrat qui contient des situations indépendamment souhaitées par les parties lors de la signature de l'acte et qui bouleversent l'équilibre du contrat, doit être renégocié afin que les prestations soient équilibrées sur la base l'obligation de bonne foi.

<sup>112</sup> Cass. civ., 24 novembre 1998, Chevassus Marche : Par cet arrêt, la Cour affirme le principe de loyauté contractuelle. Elle met en avant le devoir de loyauté du mandat envers le mandataire, la coopération dans un mandat.

**203.** En droit sénégalais, l'imprévision est jusqu'ici rejetée par le Code des obligations civiles et commerciales et le principe posé par le Canal de Craponne y est toujours d'actualité. Par conséquent, le juge ne dispose d'aucun pouvoir de révision judiciaire. Cette possibilité de renégociation est exclusivement laissée à la liberté des contractants. Néanmoins, le futur Acte uniforme du projet portant droit des obligations du droit OHADA envisage une réception de l'imprévision, consacrée dans son article 162 (**Section 2**).

### **Section 1. La consécration légale de la révision judiciaire pour imprévision dans le Code civil de 2016**

**204.** D'abord, il convient de préciser que le pouvoir de révision du juge pour imprévision est supplétif de volonté. Les parties peuvent librement l'écarter au profit d'une renégociation amiable. Ensuite, son pouvoir de révision est uniquement admis lorsqu'il n'y a plus d'issue à la renégociation amiable des parties. Ainsi, la révision judiciaire est soumise à des conditions posées par l'article 1195 (§ 1). Une fois ces conditions réunies, le juge adapte le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y met fin à la date et aux conditions qu'il fixe (§ 2).

#### ***§ 1. Les conditions nécessaires à l'intervention du juge posées par l'article 1195***

**205.** La révision judiciaire pour imprévision n'est pas une priorité que s'offre le juge. Quand bien même son intervention est conditionnée par le changement des circonstances imprévisibles (A), son pouvoir de révision est subordonné à l'échec d'une tentative de renégociation amiable des parties (B).

#### **A. Le changement de circonstances imprévisibles après conclusion du contrat**

**206.** Le changement de circonstances imprévisibles est une modification profonde ou un bouleversement de l'ordre établi par les parties. Pour admettre un cas d'imprévision, il est nécessaire que le changement brusque des circonstances soit un fait indépendant à la volonté des parties (1) et rende l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour celle qui n'assume pas le risque (2).

**207.**



## 1. Le fait indépendant à la volonté des parties

**208.** Au regard des dispositions de l'article 1195, il y a d'abord un changement de circonstances durant l'exécution du contrat. Le mot changement est neutre et ne désigne pas nécessairement « une exigence d'ampleur ou une brutalité dans la modification comme l'aurait fait une référence au bouleversement »<sup>113</sup>. Toutefois, « les circonstances imprévisibles » sous-entendent le changement comme une brutalité dans la modification.

Ces circonstances sont l'environnement dans lequel les cocontractants se sont initialement inscrits et ont inscrit leur accord. Les circonstances sont un ensemble de faits extérieurs à la partie qu'ils affectent. La nature de telles circonstances n'est pas toutefois spécifiée par les textes. Dès lors, toute circonstance peut être invoquée par les parties lorsque sa pertinence a un impact sur l'onérosité de l'exécution.

**209.** Elles peuvent être de tout ordre et généralement, elles sont d'ordre économique ou commercial tel un renchérissement des approvisionnements par suite d'une évolution des cours des matières premières.

Elles peuvent également être d'ordre politique comme un embargo international ou un conflit armé. Sur le plan monétaire, les circonstances s'apprécient lorsque la valeur du prix subit une dépréciation monétaire ou encore sur le plan législatif notamment fiscal, rendant l'exécution onéreuse. Sur le plan technologique, elles s'apprécient lorsque le « procédé nouveau rend obsolète la technologie employée pour l'exécution du contrat »<sup>114</sup>.

Sur le plan pratique, elles se caractérisent par la fermeture d'une voie d'approvisionnement en raison d'une guerre ou d'un accident.

**210.** Ensuite, le changement doit avoir été imprévisible à « la conclusion du contrat », c'est-à-dire qu'il doit modifier significativement l'équilibre contractuel par rapport à ce qu'il était avant la conclusion du contrat. L'imprévisibilité renvoie à la situation à laquelle les parties ne pouvaient prévoir au moment de la conclusion du contrat et bouleversant l'ordre établi par celles-ci au moment de l'exécution du contrat. Cette imprévisibilité doit être suffisamment raisonnable et fondée par rapport à ce qu'aurait pu prévoir un professionnel normalement prudent et diligent, dans le même contexte.

---

<sup>113</sup> Philippe STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *Revue des Contrats*, 2016, n° 112, p. 30.

<sup>114</sup> *Ibid.*

**211.** Enfin, le fait générateur du bouleversement des circonstances doit être indépendant à la volonté des parties. En effet, les événements qui impactent l'exécution du contrat sont extérieurs à la volonté des parties qui ne pouvaient raisonnablement prendre en considération de tels événements au moment de la conclusion du contrat. Ainsi, pour être qualifié d'un fait indépendant et inopiné, il nécessite une situation imprévisible et étrangère à la volonté des parties, c'est-à-dire ni l'une, ni l'autre ne doit être à l'origine de ce changement imprévisible.

**212.** En outre, l'intervention de tels événements doit être postérieure à la conclusion du contrat à laquelle les parties ne peuvent anticiper. Ces événements surprennent en général les parties et engendrent une exécution déséquilibrée et coûteuse, de telle sorte que ces dernières sont obligées de refaire le contrat pour celle qui ne supporte pas les coûts de l'exécution. Ainsi, « l'extériorité » de la volonté des parties aux événements et la « postériorité » du changement de circonstances imprévisibles à la conclusion du contrat ne doivent pas être imputables aux parties. L'« extériorité » de la volonté des parties à la situation imprévisible se caractérise par l'avènement d'un fait nouveau et indépendant des parties qui ne peut être vraisemblablement pris en compte par celles-ci pendant et après la conclusion du contrat. La « postériorité » des événements à la conclusion du contrat désigne l'aspect bouleversant des circonstances impactant l'ordre établi par les parties auquel elles n'ont pas songé.

**213.** En effet, ces circonstances imprévisibles extérieures à la volonté des parties et postérieures à la conclusion du contrat s'apprécient dès lors que le débiteur ne supporte pas d'assumer le risque des coûts de l'exécution devenus excessivement onéreux.

## **2. L'onérosité excessive de l'exécution**

**214.** Le changement des circonstances imprévisible rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse par rapport à ce qui a été convenu initialement par les parties.

Cette onérosité excessive peut-elle s'interpréter comme une diminution significative de la valeur de la contrepartie pour l'une des parties, c'est-à-dire la perte des intérêts du contrat pour l'une des parties ?

**215.** D'abord, la notion d'« onérosité » renvoie à un renchérissement du coût de la prestation. Elle s'apprécie lorsque le contrat se met à coûter beaucoup plus qu'il ne rapporte (un déséquilibre important ou une perte importante pour l'une des parties).

L'onérosité s'apprécie également comme un rapport coût /avantage, caractérisant la différence entre la valeur de ce qui est fourni et la valeur de ce qui est reçu. Ainsi, l'onérosité couvre les coûts restants inchangés où l'intérêt du débiteur s'amointrit car la valeur qu'il reçoit diminue à la suite de la hausse drastique des coûts de la prestation ou encore quand le contrat perd une grande partie de son intérêt pour le créancier dès lors que la valeur de la contre-prestation diminue par rapport au prix convenu initialement et ce bien qu'il n'y ait pas d'augmentation du coût de l'exécution.

**216.** Ensuite, l'onérosité est considérée comme « excessive » lorsque la partie affectée par les circonstances ne supporte pas d'en assumer les risques de l'exécution.

L'excessivité ou le caractère « excessif » renvoie à une disproportion significative des prestations. D'ailleurs, c'est le caractère excessif qui rend le contrat onéreux aux yeux du débiteur qui n'assume pas le risque de l'exécution.

Lorsque le renchérissement entraîne des répercussions sur les intérêts de l'une des parties, l'exécution devient onéreuse. Elle est considérée comme « excessive » dès lors que la baisse considérable de la rentabilité des intérêts pour l'une des parties débouche sur une absence d'acceptation du risque de l'exécution.

**217.** Ainsi, l'absence d'acceptation du risque de l'exécution de la part de la partie affectée par les circonstances, justifie le caractère excessif de l'onérosité. C'est cette précision du refus d'assumer le risque qui rajoute le caractère « excessif » à l'onérosité car si l'exécution n'était pas excessivement onéreuse aux yeux de la partie affectée, cette dernière l'aurait peut-être assumée.

Se pose la question de savoir si le caractère « excessif » de l'onérosité n'est pas une notion subjective ?

**218.** Dans un premier temps, si l'onérosité est excessive pour la partie qui ne supporte pas d'assumer le risque de l'exécution, il semble que la conception de la notion d'« excessivité » est purement subjective car tout dépend des conditions dans lesquelles se trouve le débiteur, de ses capacités contributives à surmonter les coûts de l'exécution. Par exemple, une entreprise en difficulté n'est pas dans les mêmes conditions qu'une entreprise florissante. Par conséquent, elles n'ont pas la même appréhension de l'onérosité « excessive ».

219. Dans un second temps, le caractère excessif s'apprécie au regard de l'économie du contrat plutôt que dans les capacités contributives du débiteur. Dans ce cas, la notion d'« excessivité » ou la caractère excessif est une appréciation objective dès lors qu'il faut tenir compte de l'économie du contrat dans son ensemble. Cette appréciation objective du caractère excessif fait écho à l'article 1221 du Code civil<sup>115</sup>. Par exemple, lorsque le créancier n'a plus d'intérêt que le contrat devenu excessivement onéreux soit exécuté par le débiteur de bonne foi qui doit en assumer le risque, le caractère excessif est apprécié objectivement par rapport à l'économie du contrat.

220. Le changement de circonstances imprévisibles rend l'exécution excessivement onéreuse pour l'une des parties qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque. En effet, ce changement de circonstances imprévisible débouche sur une révision judiciaire qui est conditionnée par un échec ou un refus d'une tentative de renégociation amiable des parties.

### **B. L'échec ou le refus d'une tentative de renégociation amiable des parties**

221. Avant toute chose, c'est aux parties de décider du sort de leur contrat. Le législateur ne fait que proposer des solutions amiables aux parties car l'objectif principal est la survie du contrat. C'est pourquoi, il prévoit la révision judiciaire comme un garde-fou contre les difficultés d'exécution à défaut de la renégociation amiable car l'échec ou le refus de la renégociation amiable n'est pas sanctionné d'autant plus que la renégociation n'est pas une obligation pour les parties.

Ainsi, plusieurs raisons justifient l'échec ou le refus de renégocier le contrat à l'amiable.

222. D'abord les parties peuvent éventuellement redouter le cas d'imprévision où l'une des parties est réticente sur la renégociation (1). Ensuite, la procédure renégociation peut aboutir à un échec dès lors que les parties ne trouvent pas un terrain d'entente dans un délai raisonnable pour renégocier le contrat (2).

---

<sup>115</sup> Art. 1221 du Code civil relatif à l'exécution forcée en nature peut être mis en parallèle car il prévoit que « le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ».

## 1. Le désaccord entre les parties sur la question du cas d'imprévision

223. Les parties peuvent nécessairement avoir un désaccord sur l'existence d'une imprévision, ce qui peut conduire à un refus ou échec de renégociation de l'acte.
224. Tout d'abord, l'imprévision est retenue lorsque l'une des parties ne supporte pas d'assumer le risque car l'exécution est devenue excessivement onéreuse pour lui. Toutefois, il convient de préciser que cette dernière peut également accepter le risque et continuer à exécuter le contrat malgré le déséquilibre économique. Mais dans l'hypothèse où la « victime » de l'imprévision n'accepte pas d'en assumer le risque, il peut solliciter la renégociation du contrat à son contractant tout en continuant d'exécuter le contrat<sup>116</sup>.
225. Jusqu'ici, il n'y a pas de souci et il est évident et légitime qu'une personne se retrouvant dans une situation où ses intérêts sont en jeu, agit pour les préserver. Le problème se situe au niveau du créancier, celui dont les intérêts ne sont pas affectés, voire avantagés. Le jeu de la renégociation dépend du créancier qui est en effet libre ou non d'accepter cette renégociation, pourvu qu'il soit de bonne foi.
226. Le but de la renégociation n'est pas de sanctionner les parties en les obligeant un accord amiable et l'article 1195 n'impose pas une telle obligation aux parties. Le but est de trouver une solution amiable au contrat dont l'équilibre initial est rompu par le changement des circonstances imprévisibles. Toutefois, les parties sont obligées de respecter le principe de bonne foi. Tout refus d'une renégociation pour imprévision doit être raisonnablement justifié.
227. D'abord, le créancier peut nier l'existence d'une imprévision attestant que le changement n'est pas imprévisible ou alors il peut effectivement reconnaître le cas d'imprévision mais admet que l'onérosité n'est pas excessive pour ouvrir droit à une renégociation. Ensuite, dans l'hypothèse où le créancier accepte la renégociation alors que le cas d'imprévision n'est pas évident, il peut redouter que sa décision quant à l'acceptation de la renégociation vaille reconnaissance du cas d'imprévision.

---

<sup>116</sup> Art 1195 al. 1 du Code civil.

**228.** Avant tout, le créancier protège également ses intérêts et pour envisager une renégociation, il doit être sûr que le contrat soit déséquilibré significativement par le changement des circonstances imprévisibles. Encore faut-il qu'il soit de bonne foi quant au refus de renégocier le contrat comme l'énonce l'article 1111 al. 1<sup>er</sup> du Code civil, « l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations sont libres. Ils doivent satisfaire aux exigences de bonne foi ». En effet, le créancier qui est libre de ne pas renégocier le contrat avec la victime de l'imprévision doit être de bonne foi pour légitimer son refus de renégociation.

**229.** Ce refus peut dès lors tenir au fait que les parties soient en désaccord tout simplement sur la question de l'imprévision notamment sur le point de savoir s'il y a lieu ou non à renégocier le contrat.

**230.** Il faut rappeler que pour qu'un contractant puisse accepter la renégociation du contrat, il faut que le changement des circonstances ait été imprévisible lors de l'exécution du contrat et que l'une des parties n'accepte pas d'en assumer le risque car l'exécution est devenue excessivement onéreuse pour lui. Ce n'est pas toujours le cas, même si ces deux conditions sont réunies.

**231.** Le créancier sollicité peut notamment refuser la renégociation contestant le caractère excessivement onéreux du contrat à la suite du changement de circonstances imprévisibles. Il peut être réticent à faire évoluer l'accord face à la demande de renégociation. L'onérosité est excessive pour la partie qui ne supporte pas d'assumer le risque de l'exécution, donc dépend en effet des conditions du débiteur, de sa capacité à faire face au risque et également de l'économie du contrat. Dans ce cas de figure, si le caractère excessif de l'onérosité est subjectif, le créancier est légitime à dépenser que l'exécution n'est pas excessivement onéreuse pour invoquer une renégociation.

Le débiteur peut également être trop exigeant dans ses demandes que son partenaire n'a pas pu accepter. En effet, les demandes trop exigeantes peuvent faire échec à une renégociation. Or, le débiteur dont les intérêts sont en jeu devrait être simple dans ses sollicitations s'il souhaite que ces intérêts soient sauvegardés. Le créancier avantageé par le bouleversement des circonstances n'a aucun intérêt à renégocier le contrat, d'autant plus que la renégociation n'est pas une obligation pour les parties mais plutôt un accord amiable.

L'une de raisons qui peut également faire échec à la renégociation du contrat est que les parties n'arrivent pas à trouver un terrain d'entente pour renégocier un contrat dans un délai raisonnable.

## 2. Le défaut d'accord entre les parties dans un délai raisonnable

232. C'est en partie le défaut d'accord dans un délai raisonnable qui fait échec à la tentative de renégociation. *A priori*, il est possible de penser que les parties sont d'accord sur la question de l'imprévision mais ne trouvent pas un temps suffisamment large pour mener à bout leur renégociation. Mais le défaut d'accord entre les parties pour la saisine conjointe du juge dans un délai raisonnable peut conduire l'une des parties à saisir unilatéralement le juge. Jusqu'ici la partie qui saisit le juge n'est pas spécifiquement mentionnée par les textes. S'agit-il du créancier ou du débiteur (victime du changement des circonstances imprévisibles) ? S'il s'agit du créancier, il est probable que son désir unilatéral de saisir le juge tient au fait qu'il doute de l'existence d'un cas d'imprévision et préfère que soit le juge qui éclaire sa lanterne. A ses risques et périls ou avantages, si le juge déclare que c'est une imprévision, alors il peut réviser le contrat ou le mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe. S'il s'agit du débiteur, celui qui a été affecté par l'imprévision, la saisine unilatérale du juge tient au fait que la partie qui doute de l'imprévision, ici le créancier, fait traîner la procédure de la saisine du juge jusqu'à la date butoir.

233. Dans tous les cas, l'article 1195 déclare que faute d'accord des parties dans un délai raisonnable pour la saisine conjointe du juge, l'une des parties peut unilatéralement saisir le juge pour adaptation ou résolution judiciaire du contrat<sup>117</sup>. Ainsi, le défaut d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, les expose à un choix ultime, soit la révision judiciaire, soit la résiliation par le juge à la date et aux conditions qu'il fixe. Cette saisine du juge est relative au délai raisonnable qui n'a pas été respecté par les parties, soit pour renégocier le contrat, soit pour saisir conjointement le juge.

Dès lors, comment est fixé le délai raisonnable ? Est-elle uniquement relative à la saisine du juge ou également relative à l'échec d'une tentative de renégociation amiable ?

---

<sup>117</sup> Un délai qui n'a pas été d'ailleurs établi par le législateur mais considérant que le délai est fixé par les parties elles-mêmes dans la recherche amiable d'une solution au contrat.

**234.** D'abord, ce délai est fixé par les parties elles-mêmes en considération du temps de l'exécution du contrat et de la capacité contributive du débiteur à tenir face aux difficultés, car lorsque la demande de renégociation est notifiée au créancier, la partie demanderesse continue à exécuter ses obligations malgré le déséquilibre. Mais jusqu'à quand peut-il tenir ?

**235.** Ensuite ce délai est fixé pour la renégociation. La procédure de renégociation obéit à des procédures définies dans un temps déterminé, en l'occurrence un délai raisonnable à défaut duquel les parties saisissent le juge pour procéder à l'adaptation du contrat. Durant la procédure de renégociation, la partie lésée notifie sa demande de renégociation à son contractant et durant cette période, il importe de souligner que l'exécution du contrat n'est pas suspendue en dépit de l'imprévision. Les parties sont tenues d'exécuter leur engagement comme convenu lors de la signature de l'acte tout en essayant de trouver un arrangement. Lorsque les parties ne s'entendent pas sur un délai raisonnable ou lorsqu'il y a un retard de réponse dans un délai raisonnable, alors il peut résulter d'un échec et l'une des parties peut saisir le juge pour réviser le contrat ou y mettre fin. Ce défaut d'accord dans un délai raisonnable est soit le résultat de la réticence de l'une des parties à la renégociation soit pour la saisine conjointe du juge.

**236.** Pour finir, ce délai raisonnable est fixé pour la saisine conjointe du juge. Si les parties ne s'entendent pas dans délai raisonnable pour saisir le juge afin qu'il adapte le contrat, l'une des parties peut le saisir unilatéralement pour qu'il révisé le contrat ou le met fin à la date et aux conditions qu'il fixe, précise l'article 1195 du Code civil.

Une fois que toutes les conditions énumérées par le nouvel article 1195 réunies, il faut envisager une révision judiciaire à la demande des parties ou par l'une d'elle, généralement celle qui a été lésée par l'imprévision. Dès lors que la renégociation amiable peut aboutir à un échec, le choix de parties peut porter soit à une résolution, soit une révision judiciaire. En effet, le législateur a adopté deux mesures pour adapter le contrat et a fait primer les solutions consensuelles sur les solutions imposées ou judiciaires.



## § 2. L'intervention du juge à la demande d'une partie

237. Deux options s'offrent au juge : il peut, à la suite de la saisine unilatérale, « réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe »<sup>118</sup>. Dès lors, comment le juge procède-t-il pour la révision (A) ou pour la résiliation du contrat (B) ?

### A. Le pouvoir de révision du juge

238. La saisine unilatérale du juge obéit à des conditions préalables (1) avant de procéder à la révision judiciaire (2).

#### 1. La procédure de la saisine unilatérale pour révision judiciaire

239. La partie qui saisit le juge doit remplir certaines conditions en l'absence desquelles sa requête est déclarée non-recevoir par le juge. La partie a l'obligation de fournir toutes les preuves relatives au désaccord entre les cocontractants sur la résolution amiable ou sur la saisine conjointe du juge. Par exemple les courriers ou mails adressés à l'autre partie avec accusé de réception ou le non-respect du délai raisonnable. Dans tous les cas, la partie doit se munir de toutes les preuves justifiant l'échec de la renégociation. Une fois que toutes les conditions requises sont réunies, le juge peut procéder à la révision ou à la résolution du contrat.

#### 2. La révision judiciaire du contrat

240. Le juge révisé le contrat et lui donne « une seconde vie ». Plus précisément, il doit adapter le contrat aux nouvelles circonstances ayant entraîné son déséquilibre. Dans ce cas, il devient un corédacteur du contrat *a posteriori*. Autrement dit le juge devient une « troisième partie » au contrat, mais il ne doit pas imposer sa volonté aux parties, voire instaurer un équilibre tel qu'il pense qu'il aurait dû être. Il doit plutôt remettre les parties dans l'état où elles étaient après la signature du contrat, c'est-à-dire dans la situation d'équilibre qu'elles avaient initialement instauré.

---

<sup>118</sup> Dernier alinéa du nouvel article 1195 du Code civil.

**241.** Le but de l'intervention du juge n'est pas de sanctionnant les parties en les obligeant une révision judiciaire et l'article 1195 n'autorise pas une telle obligation. Le but de la révision judiciaire est de donner une solution au contrat dont l'équilibre initial est rompu par le changement des circonstances imprévisible, indépendant à la volonté des parties. L'objectif de la révision est judiciaire est donner une seconde vie au contrat. C'est pourquoi, l'intervention du juge est conditionnée par l'hypothèse où les parties n'ont pas réussi à trouver un accord amiable. Le juge n'est qu'un ultime recours lorsque les parties décident de lui soumettre l'adaptation du contrat.

**242.** Le but recherché est la survie du contrat et le pouvoir de révision judiciaire peut être perçu comme étant un moyen incitatif permettant aux parties de trouver une solution amiable. L'intervention du juge est une manière d'inciter les parties à trouver un accord, une raison de plus de penser que le but est de trouver une solution au contrat : sa survie.

**243.** Une autre raison de penser que l'objectif de la révision judiciaire est la survie du contrat est qu'en soumettant le contrat au juge, celui-ci se retrouve face à une responsabilité dont il connaît peu la réalité. Il est amené à « tailler dans le vif » d'un contrat dont il connaît peu la réalité. Il est fort probable que le juge lui-même n'est pas favorable à cette responsabilité mise à sa charge, ni même les parties qui ne souhaitent pas attribuer cette responsabilité au juge. C'est pourquoi, la révision judiciaire intervient en dernier ressort, soit comme un moyen incitatif, soit comme un moyen de secours pour les contractants désirent ardemment de trouver une solution qui leur est favorable. Et la renégociation du contrat est privilégiée à la résiliation car le but est de sauvegarder le contrat, les intérêts des parties.

**244.** Le juge vient en effet prendre part à la relation contractuelle que lorsque les parties l'invoquent. Le but de l'intervention du juge n'est pas nécessairement de mettre fin au contrat. Son objectif est d'aider les parties à le rééquilibrer, si ces dernières le veulent évidemment, ou au contraire y mettre fin s'il n'y a aucune issue envisageable. C'est pourquoi le juge est considéré comme une « roue de secours » ou l'ultime espoir des parties leur permettant de poursuivre l'exécution du contrat comme elles l'auraient souhaité.

**245.** Dès lors, il a pour mission de rendre raisonnable et équitable le contrat en l'adaptant aux nouvelles circonstances. Ici, l'adaptation consiste à distribuer de manière équitable les risques et les pertes résultant du changement des circonstances imprévisible en réécrivant les

termes du contrat. Le juge révisé les conditions du contrat notamment le prix dans le but de l'adapter aux nouvelles circonstances. De ce fait, il devient un corédacteur des parties.

L'ordonnance accorde le juge le pouvoir extraordinaire de maintenir les parties dans les liens d'un contrat dont il a réécrit les termes. L'intervention du juge est le dernier recours et constitue une solution imposée aux parties. Par conséquent, il dispose par la même occasion un pouvoir de résiliation du contrat.

## **B. Le pouvoir de résiliation du juge**

**246.** Cette résiliation (1) s'accompagne notamment d'une responsabilité : allocation de dommage et intérêt au créancier qui a subi un préjudice pour la résiliation anticipée du contrat (2).

### **1. La résiliation judiciaire du contrat**

**247.** L'option secondaire lorsque le bouleversement des circonstances affecte l'équilibre du contrat est la résiliation. Cette résiliation intervient lorsqu'il n'y a aucune issue à la solution amiable à la renégociation du contrat. *A priori*, la résiliation judiciaire n'est pas vraisemblablement une option alternative car l'objectif de l'intervention du juge est la révision du contrat en lui donnant une seconde vie.

**248.** La résiliation a lieu d'une part lorsqu'aucune issue n'est favorable aux parties pour la sauvegarde du contrat. Pour « éviter une relation contractuelle ruineuse, on accorde le contrat un droit de résiliation »<sup>119</sup>. Par exemple lorsque le changement de circonstances a dû suffisamment impacter le contrat de telle manière que l'équilibre économique est complètement déstabilisé, entraînant une situation très désavantageuse pour l'une des parties. La résiliation n'est pas une sanction des parties mais plutôt un moyen pour le juge de protéger les droits et les intérêts des parties. Le désir de rompre le contrat n'est pas une partie de plaisir pour le juge mais la résiliation apparaît comme une solution juste et méritée.

**249.** Par ailleurs, s'agit-il d'une résolution ou d'une résiliation ? Dans quels cas le contrat est-il résolu et dans quel contexte le contrat est résilié ?

---

<sup>119</sup> Éric SAVAUX, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision - Rapport français », *Revue des contrats*, 2010, n° 3, p. 1057.

Lorsque l'exécution est ruineuse pour l'une des parties, le juge peut procéder à la résolution du contrat. C'est aussi une autre façon d'équilibrer les intérêts des parties. L'article 1228 du Code civil précise que « le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution, en accordant éventuellement un délai au débiteur ou allouer seulement des dommages et intérêts ».

Le juge à cet effet dispose de deux pouvoirs. Lorsque la résolution est extrajudiciaire<sup>120</sup>, le juge a le pouvoir de constatation de la résolution déjà intervenue. Il est saisi à cette occasion, pour une contestation relative à cette résolution, notamment lorsque l'une des parties a abusivement rompu le contrat ou lorsque la clause résolutoire ne remplit pas les conditions pour être applicable. C'est l'intervention *a posteriori* du juge sur la résolution du contrat.

**250.** La Cour de cassation affirme que « le juge saisi d'une constatation du jeu de la clause résolutoire n'a aucun pouvoir d'appréciation, il ne peut juger de la gravité du manquement contractuel et doit simplement constater que le manquement reproché n'a pas cessé dans le délai d'un mois prévu au commandement »<sup>121</sup>. Le pouvoir du juge sur la constatation de la résolution extrajudiciaire et ainsi limité lorsque les parties ont rompu le contrat en vertu d'une clause résolutoire.

**251.** Lorsque le juge est saisi directement par l'une des parties d'une action en résolution, il intervient *a priori*. Saisi ainsi par l'une des parties à la suite du changement des circonstances imprévisible, il prononce la résiliation ou la résolution en l'assortissant éventuellement des dommages et intérêts à la partie lésée par l'arrêt anticipé du contrat.

**252.** Les effets de la résolution du contrat sont les mêmes que ceux de la nullité mais ont été modifiés par la réforme de 2016. L'ordonnance a abandonné l'effet rétroactif de la résolution, notamment la restitution des prestations reçues, mais semble les reconduire dans le nouveau Code. En effet, l'article 1229 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil précise que l'effet rétroactif de la résolution n'engendre pas de restitution de prestations sauf dans certaines conditions visées aux 1352 à 1352-9 du Code civil. L'alinéa 2 du nouvel article 1229 prévoit que « lorsque les prestations ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les

---

<sup>120</sup> Les parties peuvent insérer une clause résolutoire dans leur contrat pour ne pas avoir recours au juge (choix de la résolution amiable). Les procédures judiciaires peuvent s'avérer longues et pour faciliter leur besoin de mettre à terme leur contrat, elles peuvent procéder par elles-mêmes de mettre un terme au contrat. A cet effet, le juge n'intervient qu'*a posteriori* pour un éventuel changement.

<sup>121</sup> Cass., 5 octobre 2017, n° 15-25018.

prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à une restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation ».

**253.** Néanmoins, il existe une énorme contradiction dans cette disposition, car la rétroactivité engendre effectivement la restitution des prestations, à moins que la loi précise qu'il ne s'agisse d'une résiliation. Lorsque la loi proclame la rétroactivité, elle a pour corollaire la restitution des prestations, il y a toujours remise à l'état antérieur de l'acte comme s'il n'a jamais existé. Par conséquent, les parties doivent restituer ce qu'elles ont et doivent être en l'état où elles se trouvaient avant la conclusion dudit acte. L'effet rétroactif est la conséquence directe de la résolution.

**254.** Il convient de préciser que la résolution sans restitution constitue une résiliation judiciaire. Dans certains contrats synallagmatiques comme les contrats de travail, la résolution prend la forme d'une résiliation ou d'un licenciement. Les prestations fournies par le travailleur ne peuvent être restituées, aussi s'agit-il d'une résiliation car le contrat est rompu pour l'avenir mais cet anéantissement ne rétroagit jamais.

**255.** Le contrat qui connaît des difficultés d'exécution est accordé un droit de résiliation ou la résolution lorsqu'aucune alternative de sauvegarde du contrat n'est possible. Encore faut-il que les effets de la résiliation ou résolution soient fixés de manière à préserver les intérêts du créancier qui ne doit pas subir prioritairement les effets du changement des circonstances<sup>122</sup>.

## **2. L'allocation de dommages-intérêts due à la résiliation anticipée**

**256.** Lorsque le juge prononce la résolution ou la résiliation anticipée, il convient de noter qu'une allocation de dommages-intérêts est retenue à l'égard de la partie lésée. Celle-ci est tenue de verser une somme d'argent en guise de réparation du préjudice que la rupture anticipée a causé à l'autre partie en raison de l'inexécution du contrat. Lorsque le changement des circonstances imprévisible prive le contrat de produire ses effets escomptés, cette inexécution peut engendrer des conséquences pour l'une des parties de bonne foi, lorsque ses intérêts légaux ont été privés d'effet.

---

<sup>122</sup> Éric SAVAUX, *op. cit.*, p. 1057.

**257.** Ainsi, la résiliation ou résolution anticipée ouvre droit à des dommages-intérêts pour la partie lésée. Ce montant correspond aux intérêts qu'il aurait eu si le changement n'avait pas été intervenu. Les dommages-intérêts peuvent être en nature ou en équivalent.

En temps normal, lorsque la rupture anticipée est prononcée à l'initiative du créancier, il n'a pas droit à une indemnisation sauf si la rupture anticipée a été provoquée par son cocontractant. Dans un tel cas, il est indemnisé sur la base de la mauvaise foi dont a fait preuve son cocontractant.

Mais si la rupture anticipée est causée par un fait inopiné et indépendant de la volonté des parties, les effets d'une telle rupture donnent droit à celui qui a été affecté d'obtenir des réparations équivalentes à ce qu'il aurait gagné si le contrat avait été totalement exécuté.

Dès lors, qui du débiteur ou du créancier doit bénéficier des indemnités pour rupture anticipée ?

**258.** La loi est silencieuse sur le bénéficiaire des indemnités de la résiliation anticipée pour imprévision. Le législateur déclare simplement que c'est la partie lésée par la rupture anticipée qui a droit à une indemnisation sans préciser s'il s'agit du débiteur ou du créancier. Mais le juge étant l'intermédiaire entre la loi et les pratiques contractuelles cette marge de manœuvre est laissée à son appréciation souveraine. Face à la résiliation, il est capable d'apprécier laquelle des parties a subi le préjudice dû à la rupture.

**259.** De ce fait, doit-on penser que le juge indemnise la partie lésée par le changement des circonstances imprévisible sur la base du rapport cout/avantage ? Le rapport cout/avantage s'apprécie dès lors que l'exécution devient excessivement onéreuse pour l'une des parties, entraînant des profits pour le créancier et des pertes pour le débiteur. Dès lors, il est possible de considérer que le débiteur a droit à l'indemnisation sachant que la notification de la renégociation amiable n'interrompt pas l'exécution du contrat. La partie lésée continue à exécuter ses obligations en dépit de l'onérosité. Par conséquent, cette exécution onéreuse engendre des pertes pour le débiteur. Sur cette base, il s'en déduit que le débiteur mérite des indemnisations.

**260.** Il peut s'agir également du créancier dès lors que ses intérêts ont été amputés par la résiliation pour une cause qui est indépendante à sa volonté. En principe, la résiliation anticipée pèse plus sur le créancier qui a perdu les profits qu'il aurait eu si le contrat avait été exécuté.

**261.** L'imprévision ne constitue pas un obstacle à la survie du contrat car une exécution onéreuse n'est pas naturellement une exécution impossible. Le but étant de sauvegarder le contrat, des solutions sont toujours préconisées notamment la renégociation bien qu'elle ne soit pas « imposée » aux parties. Ces dernières peuvent également recourir au juge pour une révision judiciaire en cas d'échec d'une tentative de renégociation amiable. De révision judiciaire ou d'une résiliation ou résolution. En effet, le juge saisi d'une demande de révision judiciaire dispose d'un pouvoir souverain de déterminer d'abord si oui ou non le contrat doit être sauvegardé avant de prononcer la résolution et d'ordonner la restitution s'il y a lieu ou à des dommages et intérêts au profit de la partie lésée.

**262.** Si le droit français a accepté l'imprévision en autorisant le juge la révision de contrat en cas de changement de circonstances imprévisible, le droit sénégalais la rejette. Par conséquent le juge ne dispose d'aucun pouvoir de révision. Néanmoins, le futur Acte uniforme du droit OHADA ayant pour but d'harmoniser un droit commun des contrats au sein de chaque membre, envisage une réception de la théorie de l'imprévision dont il est important de voir les contours.

## **Section 2. L'imprévision dans le droit des contrats sénégalais**

**263.** L'imprévision n'est pas admise dans le droit privé sénégalais. Le législateur n'a pas prévu de révision judiciaire du contrat sur le fondement du principe de l'intangibilité des conventions. Cependant, il offre aux parties la possibilité de réviser leur contrat tout en prévoyant des clauses qui leur permettent de contourner l'imprévision (§ 1). Par ailleurs, il est prévu dans le droit communautaire OHADA un futur Acte Uniforme portant droit général des obligations et qui prend en compte la théorie de l'imprévision, en particulier l'adaptation du contrat par le juge lors d'un bouleversement des circonstances (§ 2).

### ***§ 1. Le refus par le Code des obligations civiles et commerciales du pouvoir de révision judiciaire pour imprévision***

**264.** Le législateur sénégalais n'admet pas la théorie de l'imprévision dans le Code des obligations civiles et commerciales. Le principe dégagé par la jurisprudence Canal de Craponne pose un principe sacrosaint, celui de l'intangibilité des conventions qui a pour

corollaire le principe de la force obligatoire, et qui interdit toute intervention extérieure modifiant les clauses librement acceptées par les parties au profit de clauses nouvelles.

**265.** C'est ainsi que le juge se voit par la même occasion exclure de la relation contractuelle quant à son intervention dans le contenu du contrat en vue de modifier les termes lorsqu'un changement des circonstances imprévisible intervient (**A**). A cet effet, le législateur a laissé la liberté aux parties de décider du sort de leur contrat face aux nouvelles circonstances. Ainsi, soit les parties (en particulier la partie victime) peuvent convenir de continuer l'exécution du contrat en dépit du risque, soit elles peuvent se prévaloir des clauses d'adaptation préalablement insérées dans leur contrat lors de sa conclusion (**B**).

#### **A. La justification du rejet de la théorie de la l'imprévision et du pouvoir de révision judiciaire**

**266.** Le juge ne peut en aucun cas réviser le contrat qui est légalement formé même si l'exécution s'avère difficile pour l'une des parties. Le principe d'intangibilité des conventions défendu par l'arrêt du Canal de Craponne interdit au juge de réviser le contrat (**1**) ce qui veut dire que les parties sont libres d'exécuter leur contrat si elles acceptent les risques, au nom du principe de la force obligatoire (**2**).

#### **1. L'application de la jurisprudence du Canal de Craponne : le principe de l'intangibilité des conventions**

**267.** Selon ce principe, le juge ne dispose pas de pouvoir de réviser le contrat dès lors que ce dernier a été régulièrement conclu. L'interdiction d'intervention judiciaire pour rétablir l'équilibre contractuel est basée sur le sacrosaint principe de l'intangibilité des conventions : le contrat est la « loi » des parties. Une fois le contrat conclu, les parties sont obligées de poursuivre son exécution au nom du principe de la force obligatoire du contrat. Le juge étant un tiers au contrat, il ne peut en aucun cas s'y immiscer à moins que la loi n'en dispose autrement.

Cette disposition met en avant le principe de l'intangibilité des conventions qui correspond au principe de la force obligatoire à l'égard des parties et s'impose pareillement au juge qui doit respecter le contrat et faire respecter le contrat.



**268.** C'est dans cette démarche que le législateur ne prend pas en compte l'imprévision. Au nom du principe de l'intangibilité, le juge est un serviteur du contrat et doit refuser toute demande qui tendrait à modifier ou à réviser le contrat. Une première décision a été rendue par la Cour de cassation à propos de non-intervention du juge lorsque le contrat est frappé d'imprévision, où elle affirme que « la révision du contrat à laquelle s'étaient livrés les juges du fond était inopérante »<sup>123</sup>. Elle a donc rejeté en bloc la théorie de l'imprévision en brandissant avec force le principe de l'intangibilité du contrat. Autrement dit, le juge du fond n'avait pas le pouvoir de venir modifier le contrat pour mettre en cause les conditions du contrat, par exemple l'augmentation du prix qui avait été initialement convenu par les parties parce que le prix n'était plus adapté aux réalités du marché

**269.** La non-intervention du juge dans le contrat en cas d'avènement de circonstances imprévisibles puise ainsi son fondement dans l'arrêt de la Cour de cassation civile française du 6 mars 1876 qui interdit à tout juge d'opérer une modification du contrat en cas de changement de circonstances imprévisible affectant l'équilibre contractuel.

Au regard de cette jurisprudence, « il n'appartient pas aux tribunaux quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants »<sup>124</sup>. Le juge et le législateur ont fait prévaloir le principe de l'intangibilité du contrat et la sécurité juridique que celle-ci procure au contrat sur l'intervention du juge et la justice qu'elle impose au contrat.

**270.** Le législateur sénégalais, s'inspirant de cette jurisprudence, interdit toute décision judiciaire tendant à réviser le contrat pour imprévision. Le législateur sénégalais est décisif sur la non-intervention du juge dans le contrat dès lors qu'un changement de situation économique bouleverse l'équilibre contractuel.

**271.** La jurisprudence sénégalaise n'a pas aménagé le moindre effort quant à l'amélioration de la situation d'une partie qui ne peut faire face à l'exécution onéreuse du contrat due à un événement imprévisible. Il n'existe pas de tempéraments jurisprudentiels atténuant ce principe posé par l'arrêt du canal de Craponne, même pas une seule décision reposant sur la bonne foi.

---

<sup>123</sup> Depuis le célèbre arrêt du Canal de Craponne, tout pouvoir de modifier une convention qui est valablement conclue, est refusé au juge civil, même si les circonstances ont rendu l'exécution manifestement contraire à l'équité. Cass. civ., 6 mars 1876.

<sup>124</sup> *Ibid.*

Pendant que son homologue français est revenu à plusieurs reprises sur l'adaptation du contrat pour imprévision, la jurisprudence sénégalaise est restée constante dans sa décision : ne pas enfreindre le principe de l'intangibilité. Non seulement la loi lui en interdit mais elle s'abstient également de toute décision de réviser le contrat.

**272.** Le législateur établit qu'il n'appartient pas au juge de réviser le contrat lorsque les parties l'ont légalement conclu. Le principe d'intangibilité tient le juge et que les parties sont les seules auteures de leur acte. Par conséquent, si elles décident d'exécuter le contrat en dépit de l'imprévision, la partie qui lésée par l'imprévision supporte ce risque.

## **2. « L'acceptation du risque » de l'imprévision par les parties au nom du principe de la force obligatoire**

**273.** L'imprévision peut aussi être rejetée par les parties elles-mêmes en refusant toute renégociation et toute forme de rupture du contrat en prévoyant une clause d'acceptation du risque de l'imprévision. Cette acceptation du risque est une solution qui se situe entre la révision et la résolution du contrat.

**274.** Les parties peuvent choisir de supporter les conséquences d'une telle circonstance tout en poursuivant l'exécution du contrat malgré l'onérosité de son exécution. Cette acceptation du risque entraîne par conséquent une exécution déséquilibrée du contrat.

**275.** Le rejet de l'imprévision peut s'affirmer ainsi par la volonté des parties de continuer à exécuter le contrat si la partie lésée accepte d'assumer le risque de l'imprévision. Soit aucune solution n'a été trouvée et que les parties poursuivent l'exécution du contrat nonobstant le changement de circonstances, soit la partie lésée trouve plus d'intérêt à poursuivre l'exécution déséquilibrée du contrat que de le résoudre. Dans tous les cas de figures, l'acceptation du risque doit être le seul motif de l'exécution onéreuse et déséquilibrée du contrat au regard du principe de la liberté contractuelle, étant donné que les parties sont les seules responsables de l'exécution de leur contrat.

L'exécution est déséquilibrée mais les parties l'ont voulu ainsi à défaut de renégocier ou de mettre fin au contrat.

**276.** Le principe de l'intangibilité des conventions empêche le juge de réviser le contrat. C'est ce que prévoit le Code des obligations civiles et commerciales en affirmant qu'il n'appartient pas au juge de réviser le contrat en cas d'imprévision au nom du principe de la force obligatoire du contrat et rejette en bloc l'imprévision. Mais les parties peuvent elles-mêmes accepter de supporter ce risque en rejetant également l'imprévision malgré l'onérosité de l'exécution et le déséquilibre du contrat.

Toutefois, les parties sont libres d'insérer dans leur contrat des clauses leur permettant de renégocier le contrat si elles le souhaitent. L'une des parties qui ne souhaite pas assumer le l'imprévision peut demander l'activation d'une telle clause.

**277.** En droit sénégalais, en dépit du profond changement de circonstances imprévisible, il est interdit au juge de réviser le contrat. Les raisons étaient les suivantes : la révision judiciaire pour imprévision entraîne l'ingérence du juge dans le contrat, cause d'instabilité économique et d'insécurité contractuelle. Une autre raison : les contractants sont « des individus libres et responsables, capables de prévoyance. L'absence de révision judiciaire est préférable, en ce qu'elle est une puissante incitation à l'adoption par les parties de clauses qui apportent une réponse sur mesure aux difficultés nées de l'instabilité économique ou monétaire »<sup>125</sup>.

**278.** La seule possibilité offerte aux parties en cas de survenance de circonstances bouleversant gravement l'équilibre des prestations, c'est l'insertion dans le contrat des clauses dites clauses d'adaptation qui permettent aux parties de renégocier leur contrat.

### **B. L'existence de clauses d'adaptation en faveur des parties**

**279.** Les parties peuvent, si elles le souhaitent, anticiper toute intervention extérieures et bouleversante en insérant dans leur contrat, des clauses d'adaptation qui s'enclenchent dès lors qu'un changement de circonstances imprévisible intervient. Il en ainsi des clauses d'indexation (1) et des clauses de *hardship* (2).

---

<sup>125</sup> MONEBOULOU MINKADA HERVE MAGLOIRE, *op. cit.*

## 1. Les clauses d'indexation

- 280.** Le Code des obligations civiles et commerciales établit que « les contractants peuvent fixer la somme d'argent due par l'un d'eux en se référant aux prix de matières premières, de marchandises, de services, ou, de façon générale à tout autre indice dont la valeur est déterminable, à condition que l'économie du contrat ou l'activité de l'emprunteur soient en relation directe avec la fluctuation des cours de l'indice choisi »<sup>126</sup>.
- 281.** Selon cette disposition, la clause d'indexation permet aux parties de modifier le prix en cas d'imprévision. Cette clause s'active automatiquement lorsqu'un changement de circonstances imprévisible survient et déséquilibre gravement le contrat. Cette clause appelée aussi clause d'échelle mobile porte uniquement sur l'adaptation du prix.
- 282.** A défaut de l'aide du juge pour adapter le contrat en cas d'avènement des circonstances imprévisibles affectant l'équilibre contractuel, les parties peuvent prévoir à l'avance cette imprévision en insérant dans leur contrat une clause d'indexation visant à compenser le déséquilibre en faveur d'une partie lésée, en cas d'évolution des données économiques qui affecte le prix, soit la hausse, soit la baisse de ce prix<sup>127</sup>.
- 283.** C'est une clause qui est automatique qui se déclenche dès l'instant que l'imprévision survient. Cependant, l'activation de cette clause est facultative. Par conséquent, ce choix permet ainsi aux parties, à la demande de l'une comme de l'autre de déclencher automatiquement la clause d'indexation à la survenance de l'imprévision. De ce fait, le prix évolue en fonction de l'évolution de ces données économiques.
- 284.** Le droit sénégalais s'est fortement inspiré du droit français. Par conséquent, les conditions de validité de la clause d'échelle mobile sont les mêmes qu'en droit français.
- 285.** D'abord il faut évaluer l'indice à partir duquel le contrat doit être révisé. Toute clause d'indexation repose sur un indice que les parties doivent définir. Cet indice est relatif à l'objet du contrat et doit prévoir la variation à la hausse et à la baisse des prix car le déséquilibre dû à l'imprévision peut être dans les deux sens.

---

<sup>126</sup> Art. 186 du COCC.

<sup>127</sup> Bocar SALL, *Droit des obligations*, L'Harmattan, Dakar, 2009, p. 16.

En dehors de l'indice, la périodicité permet aux parties de prévoir une période de révision de leur contrat. Cette révision peut être annuelle, mais les parties peuvent prévoir une durée plus courte ou plus longue, au maximum de trois années. Cependant cette révision conventionnelle prévue dans la clause d'indexation de trois années maximum est différente de la révision triennale légale.

**286.** Enfin au rang des conditions de validité il y a l'automaticité de la clause d'indexation. L'automaticité permet aux parties de faire appliquer la clause de l'indexation dès qu'un événement imprévisible surgit sans qu'il y ait besoin de notifier une demande de révision.

**287.** La clause d'indexation, une fois les deux conditions susvisées soient remplies, doit être appliquée immédiatement sans aucune autre formalité. Cependant, pour que toutes ces conditions citées soient valables, il est obligatoire que la clause d'indexation ne souffre d'aucune ambiguïté. La clause d'indexation doit être rédigée de façon claire et précise lorsqu'elles énoncent que l'objet du contrat doit être automatiquement indexé. Toutefois, certaines clauses peuvent se révéler ambiguës si elles ne précisent pas de façon expresse que l'indexation doit avoir lieu automatiquement<sup>128</sup>. Dans ce cas, la jurisprudence s'attache à rechercher la commune intention des parties par l'analyse des termes exacts du contrat<sup>129</sup>. Et comme toute clause du contrat, la clause d'indexation peut faire l'objet d'une interprétation par le juge. Par exemple, si au cours de la conclusion du contrat, les parties ont prévu uniquement un indice de variation à la hausse des prix, cette clause est réputée non écrite car considérée comme abusive. Par ailleurs aucune clause d'indexation n'est permise dans le contrat de travail car un salaire ne peut jamais faire l'objet d'indexation. Une clause d'indexation prévue dans un contrat de travail est réputée non écrite.

**288.** Le contrat doit être exécuté de bonne foi et par souci d'équité, le juge, par son pouvoir d'appréciation du caractère abusif d'une clause, doit supprimer celle-ci pour garantir l'équilibre contractuel. C'est dans cette logique que les parties doivent prendre en compte l'indice de variation à la hausse et à la baisse des prix pour maintenir l'équilibre contractuel.

---

<sup>128</sup> Emmanuelle CHAVANCE, « Le nouveau régime des clauses d'indexation », *Revue trimestrielle LexisNexis Jurisclasseur*, p. 24.

<sup>129</sup> *Ibid.*

## 2. Les clauses de *hardship*

**289.** La clause de *hardship* ou clause des épreuves en français est une clause qui permet aux parties de renégocier leur contrat en cas de survenance d'une imprévision. Elle est insérée par les parties lors de la signature du contrat. Contrairement à la clause d'indexation qui porte sur la modification du prix, la clause de *hardship* porte sur la renégociation du contenu du contrat tout entier.

Ainsi, « la mission première de la clause de *hardship* est en effet de permettre la continuité des rapports contractuels, et donc d'éviter la résiliation et ceci en restant dans le domaine contractuel »<sup>130</sup>. Cette clause prévoit à l'avance les problèmes d'ordre économique, financier et commercial qui entraîneraient un déséquilibre contractuel. Sa finalité est de maintenir le contrat dans son équilibre initial en cas d'imprévision et d'empêcher toute forme de rupture. Son contenu est laissé à la liberté des parties qui décident ou conviennent à quel moment il y a *hardship* et de déclencher ainsi la clause. Elle ne fait pas l'objet d'une activation automatique.

**290.** Dès lors quelles sont les conditions requises pour que la clause de *hardship* puisse être applicable ? Et comment se manifeste-t-elle et quels sont ses effets ?

**291.** Il faut un changement imprévisible qui affecte gravement l'équilibre contractuel. En outre il faut qu'il s'agisse d'un contrat à durée indéterminée. Les clauses de *hardship*, à l'instar des clauses d'indexation, doivent être rédigées de façon claire et précise de telle sorte qu'il n'y ait pas d'ambiguïté lors de sa mise en œuvre. Les parties doivent également prévoir toutes les modalités nécessaires à ce changement éventuel. Autrement dit, elles doivent prendre en considération toutes les modalités nécessaires à la renégociation si l'imprévision survient.

**292.** Contrairement à la clause d'indexation qui est facultative, la clause de *hardship*, une fois qu'elle est insérée dans le contrat s'impose aux parties, devant l'appliquer lorsque les circonstances ont changé. La partie lésée a l'initiative de la renégociation et celle-ci doit être motivée. L'exécution ne doit pas être suspendue car les parties doivent continuer à exécuter le contrat tout en trouvant une solution permettant de restaurer l'équilibre initial.

---

<sup>130</sup> Mamadou KONATE, *Crise financière et contrat commerciaux*, 3e édition du Congrès Africain des juristes d'entreprise, 2010, p. 8.

**293.** Il convient à présent d'analyser les effets que procure la clause de *hardship* au contrat, lorsqu'elle aboutit. Il est important de noter qu'après l'application de la clause de *hardship*, les parties sont dans l'état où elles étaient avant la conclusion du contrat puisque l'équilibre est restauré. Mais le contrat rééquilibré est-il un prolongement de l'ancien contrat ou un nouveau contrat ?

A présent, les clauses de *hardship* ont modifié les conditions initialement posées par les parties pour adapter le contrat aux nouvelles circonstances. En effet, il dépend des clauses qui ont été renégociées selon qu'elles portent sur l'objet essentiel du contrat ou si c'est le contrat tout entier qui est renégocié, ou si c'est une partie des clauses qui a été renégociée et encore faut-il que la loi y soit claire.

**294.** Qu'advient-il alors si les parties n'arrivent pas à s'accorder sur le changement économique qui affecte l'équilibre de leur contrat ? Autrement dit, si les parties échouent à la renégociation du contrat ou si l'une d'elle refuse la renégociation, que va-t-il se passer concrètement ? Pour répondre à ces questions, la loi dispose qu'en cas d'échec ou de refus de renégociation du contrat, les parties doivent résoudre leur contrat.

Le souci du législateur ainsi que celui des contractants n'est pas de rompre le contrat avant l'accomplissement des obligations prévues. Leur objectif est de donner une seconde vie au contrat. En outre, la bonne foi oblige les parties à exécuter leur contrat avec équité ; ce qui est contraire à cette rupture contractuelle due à un déséquilibre contractuel.

Le Code des obligations civiles et commerciales sénégalais, contrairement au nouveau Code civil français, ne prend pas en compte l'imprévision où le juge n'a pas le pouvoir de réviser le contrat. Pour y remédier, la loi autorise aux parties d'insérer dans leur contrat des clauses de modification du prix et de renégociation, seul moyen qui leur permet de contourner l'imprévision.

**295.** Que les difficultés d'exécution émanent ou non de la volonté des parties, le juge se charge de restaurer l'équilibre contractuel rompu par ces difficultés au nom du principe de la bonne foi. La liberté contractuelle laisse donc une marge de manœuvre au juge qui dispose d'un pouvoir d'interprétation et de révision des termes du contrat.

**296.** Le Code des obligations civiles et commerciales rejette jusqu'ici l'imprévision. Par conséquent, le juge n'est pas autorisé à réviser le contrat au nom du principe posé par l'arrêt du Canal de Craponne. Le contrat évolue et c'est étonnant que le juge, qui est la voix du

législateur dans la régulation des pratiques contractuelles ne puisse être autorisé à réviser le contrat pour imprévision. Le législateur sénégalais compte-t-il sur le droit communautaire (OHADA) qui envisage la réception de l'imprévision dans son futur AUDGO pour profiter de son application ?

## ***§ 2. L'autorisation par le futur AUDGO du droit OHADA de l'adaptation judiciaire du contrat pour imprévision***

**297.** En 2015, un projet d'AUDGO du droit de l'OHADA envisage la codification d'un droit commun des contrats. Ce projet s'inspirant de l'avant-projet Fontaine<sup>131</sup> admet l'imprévision. L'article 162 de cet AUDGO a pris en compte la théorie de l'imprévision mais la révision judiciaire n'est pas retenue par les rédacteurs du projet. Il n'est autorisé au juge qu'un pouvoir d'adaptation dès lors que les conditions de mise en œuvre de cette adaptation judiciaire soient remplies (A). Encore faut-il que ce pouvoir d'adaptation soit encadré (B).

### **A. Les conditions de mise en œuvre de l'adaptation du contrat par le juge**

**298.** L'intervention du juge quant à l'adaptation du contrat obéit à des conditions particulières. Il en va ainsi d'un bouleversement des circonstances rendant l'exécution onéreuse pour l'une des parties (1), suivi d'un échec d'une tentative de renégociation du contrat par les parties (2).

#### **1. Le bouleversement des circonstances économiques lors de l'exécution du contrat**

**299.** A l'instar du Code civil français de 2016, le futur AUDGO prend en compte l'imprévision. L'article 1195 du Code civil définit l'imprévision comme un changement de circonstances imprévisible rendant l'exécution onéreuse pour l'une des parties qui n'assume pas les risques de l'exécution. De même, l'article 162 de l'AUDGO la définit comme un bouleversement des circonstances économiques qui rend l'exécution onéreuse pour l'une des parties. Tandis que l'article 1195 recourt au terme « changement », l'article 162 utilise le terme « bouleversement » pour qualifier le changement brutal des circonstances.

---

<sup>131</sup> L'avant-projet d'Acte Uniforme du droit OHADA portant droit des contrats (2005) élaboré par UNIDROIT à la demande de l'OHADA dont l'expert chargé de l'élaboration est le Professeur Marcel Fontaine : Expert d'UNIDROIT chargé de rédiger l'Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats, ancien Directeur du Centre de droit des obligations à la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain (Belgique).



**300.** Le bouleversement est une modification profonde et radicale d'une situation préétablie en créant un certain désordre. Le changement quant à lui est un terme neutre. Il peut avoir un effet négatif ou positif. Néanmoins, la situation d'imprévisibilité de ce changement impactant l'économie du contrat sous-entend ce changement d'un point de vue négatif. Donc ici, l'article 162 du futur AUDGO est plus explicite quant à l'utilisation du terme « bouleversement » pour qualifier la situation d'imprévision par rapport à l'article 1195 du Code civil faisant référence au « changement ».

**301.** Cependant, l'article 162 ne précise pas la nature des circonstances bouleversantes. Sont-elles uniquement économiques comme il a été énoncé dans la disposition ou peuvent-elles également être de nature commerciale, politique, législative, juridique, financière ou monétaire ? Il est donc nécessaire d'attendre l'entrée en vigueur de cet Acte uniforme et d'une application de cette disposition par les juges pour connaître la nature de telles circonstances.

**302.** Dans tous les cas, l'une des conditions jugées nécessaires par le législateur de l'OHADA quant à l'intervention du juge pour l'adaptation du contrat, demeure le bouleversement des circonstances. Encore faut-il que l'une des parties n'accepte pas d'en assumer l'exécution devenue excessivement onéreuse, que la tentative d'une renégociation amiable échoue, faute d'accord entre les parties.

## **2. L'échec d'une tentative de règlement amiable des parties**

**303.** En droit français, si l'échec d'une tentative de renégociation est le fait des parties elles-mêmes, en droit OHADA, les parties ne sont pas les seules responsables de l'échec ni même du refus de renégocier à l'amiable leur contrat. Bien que cette renégociation soit facultative ou laissée à la liberté des contractants, elle n'est pas cependant bien encadrée.

**304.** L'échec ou refus de renégociation ne résulte pas forcément des parties mais également du fait du législateur. D'abord, les conditions de renégociation du contrat par les parties ne sont pas bien définies. Plusieurs facteurs peuvent ainsi concourir à l'échec d'une tentative de règlement amiable. Il en va ainsi de la preuve du bouleversement. Comment prouver le bouleversement ? Le législateur est resté silencieux sur cette question. Si la partie lésée n'arrive pas à prouver que les circonstances ont été bouleversées, comment peut-elle

convaincre à son partenaire d'initier une renégociation du contrat. En outre, ces circonstances n'ont pas été énoncées par le législateur. Le manque de précision des événements bouleversants donne des fils à retordre à la partie qui n'assume pas les risques et ce, si l'autre partie n'accepte pas la renégociation au vu d'absence de preuve, peut décliner toute notification de renégociation.

**305.** Ensuite, le projet n'exige pas la condition d'imprévisibilité et le temps de la renégociation n'est pas précisé car les critères du délai raisonnable ne sont pas fixés. De combien de temps les parties disposent-elles pour renégocier leur contrat ? une semaine, des mois, un an. Rien n'a été précisé par le législateur.

**306.** Autre difficulté liée à l'échec de la tentative de règlement amiable du contrat est l'absence d'une précision de sur quoi les parties ne sont pas d'accord. Quel élément est à l'origine de l'échec de la renégociation ? Le législateur est resté silencieux sur les causes de l'échec ou le refus du règlement amiable. En outre, la procédure de saisine du juge quant au pouvoir d'adapter le contrat est unilatérale. En cas de désaccord entre les parties, il suffit que l'une d'elle saisisse le juge alors qu'en principe c'est la partie lésée qui a intérêt à agir. La saisine conjointe du juge par les parties n'est pas une procédure imposée aux parties en amont dans le droit OHADA.

**307.** Les parties sont livrées à elles-mêmes dans leur pouvoir de renégociation amiable, et leur pouvoir semble restreint contrairement en droit français où les parties disposent d'un pouvoir plus large. Il apparaît à la lecture des dispositions de l'article 162 relatives à la théorie de l'imprévision que le législateur semble leur dire : « vous disposez d'un pouvoir de renégocier votre acte. Fixez-en les conditions qui vous conviennent ou qui vous paraissent logiques, pourvu que vous vous entendiez. Mais gare à vous si vous échouez, que le contrat tombe entre les mains du juge ». Le juge dont les pouvoirs d'adaptation ne sont pas bien définis.

## **B. Le nécessaire encadrement des pouvoirs d'adaptation du juge**

**308.** A la lecture du dernier alinéa de l'article 162 du futur AUDGO, il apparaît que le juge compétent est le président du tribunal dont les pouvoirs ne sont pas très bien définis par le législateur (1). En examinant de très près cette disposition, le juge dispose d'un pouvoir

d'appréciation souverain sur l'opportunité des remèdes judiciaires. Le législateur ne semble pas lui imposer une hiérarchie des méthodes. En ce sens, le juge devient maître des solutions mises à sa disposition (2).

### **1. Le flou dans la détermination du juge compétent et de ses pouvoirs**

**309.** L'article 162 alinéa 2 dispose qu'en cas de désaccord entre les parties dans un délai raisonnable pour trouver une solution amiable, l'une d'elle peut saisir le président du tribunal compétent. Lorsque le président du tribunal compétent conclut l'existence d'un cas d'imprévision, il peut, s'il estime raisonnable, mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ou adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre contractuel.

Il ressort de cette disposition que les conditions de détermination du juge compétent et de ses pouvoirs restent floues.

**310.** D'abord le législateur a utilisé l'expression « président du tribunal compétent » pour désigner le juge. Néanmoins, l'article 162 est clair quant au choix du juge compétent et entend exclure tout juge de la connaissance de l'affaire portée devant le tribunal en dehors du président du tribunal compétent qui est seul habilité à statuer sur l'affaire.

Dès lors, s'agit-il du président du Tribunal de Première Instance ou celui du Tribunal de Grande Instance ?

Dans tous les cas, qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre, le critère de la répartition des compétences entre les présidents varierait en fonction de l'importance du montant du litige et de l'intérêt en jeu ou de la détermination de la valeur du litige. Dans l'hypothèse où l'affaire est d'une importance capitale, c'est le président du Tribunal de Grande Instance qui est compétent en sa qualité de juge d'une instance supérieure. En outre, le tribunal de grande instance peut être saisi par requête conjointe, si les deux parties sont d'accord pour soumettre leur litige au juge par voie d'avenant. Tel n'est pas le cas pour le juge de l'OHADA (le président du tribunal compétent en cas d'espèce) qui est saisi unilatéralement d'une demande d'adaptation ou de résiliation.

S'il s'agit du président du Tribunal de première instance, ce n'est pas en sa qualité de juge des référés qu'il statue mais en tant que juge du fond statuant en la forme des référés<sup>132</sup>. En ce sens, il doit connaître du fond et de la forme du litige qui lui est soumis.

Ensuite, le législateur de l'OHADA ne semble pas admettre la révision judiciaire ou alors semble laisser le libre choix au président du tribunal compétent de déterminer la solution qu'il juge raisonnable. En effet, lorsque le droit français utilise la formule « révision judiciaire », le droit OHADA use de l'expression « adapter le contrat ». Cela reste très vague. Quels sont les critères d'adaptation qui doivent être pris en compte ? Le terme « adapter » est plutôt flou aux yeux des lecteurs et constitue une épée de Damoclès planant au-dessus de la tête des parties qui peuvent voir à tout moment leur lien contractuel être rompu alors qu'elles ne s'y attendent pas. Ces dernières disposent de moins de pouvoirs et il est aussi regrettable que la saisine puisse être unilatérale. Le caractère subsidiaire de l'adaptation du juge est alors remis en question dans la mesure où elle ne procède pas d'une volonté conjointe des parties.

- 311.** Le principe de la liberté contractuelle est écarté dans la procédure de saisine judiciaire. Se produit une immixtion poussée du juge dans la relation contractuelle et l'article 162 ne lui accorde aucun délai, même pas raisonnable. Il choisit discrétionnairement le remède quand bien même celui-ci est contraire à ce qu'aurait souhaité la partie demanderesse<sup>133</sup>.

## **2. Le pouvoir discrétionnaire du juge quant à l'adaptation du contrat**

- 312.** Quand l'article 1195 français use de la formule « révision du contrat » avant celle de « mettre fin au contrat », l'article 162 du futur AUDGO pense d'abord à « mettre fin » avant « d'adapter le contrat ». Il ne semble pas imposer au juge une priorité d'adaptation.

- 313.** En effet, le premier réflexe lorsqu'intervient un événement bouleversant l'équilibre contractuel rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour l'une des parties qui n'assume pas les risques, est la recherche d'une solution qui maintient le contrat en vie. En principe, le contrat est conclu pour être exécuté et non disparaître en cours d'exécution. C'est dans ce sens que le souhait du législateur est de donner une seconde vie au contrat en

---

<sup>132</sup> Adam Ramses AKONO, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit Ohada des contrats », *Penant*, 2020, n° 910, p. 72.

<sup>133</sup> Marie-Pierre SARR, « Plaidoyer pour la consécration légale de la théorie de l'imprévision dans le futur Acte uniforme relatif au droit des obligations de l'OHADA », *Actu-Juridique*, s.d., disponible sur <https://www.actu-juridique.fr/affaires/plaidoyer-pour-la-consecration-legale-de-la-theorie-de-limprevision-dans-le-futur-acte-uniforme-relatif-au-droit-des-obligations-de-lohada/> (Consulté le 3 avril 2021).

intégrant le juge dans le processus d'adaptation. La survie du contrat est le but poursuivi par le législateur. Le législateur français cantonne la résiliation au second plan. Ce dernier procédé est requis à condition que la seconde option demeure impossible. Si le contrat arrive aux mains du juge, il est évident que le législateur recherche une solution qui pérennise le lien contractuel plutôt que de le voir disparaître. C'est pourquoi, « adapter » doit être en effet placé en première option.

**314.** En droit OHADA, le législateur ne favorise pas la priorité du remède d'adaptation à celle de la résiliation mais le standard « raisonnable » attire toute notre attention. C'est là que le pouvoir discrétionnaire du juge bat son plein.

**315.** En effet, d'une part, le législateur ne semble pas favoriser l'adaptation du contrat et d'autre part, il octroie au juge un pouvoir d'appréciation souveraine sur les solutions mises à sa disposition.

**316.** D'abord, le choix de placer l'expression « mettre fin » avant le terme « adapter » est critiquable. Adapter devait être placé en premier. L'article 1195 place la révision judiciaire avant la résolution du contrat, ce qui veut dire que la survie du contrat doit d'abord être pensée avant de se résoudre à sa disparition, mesure qui doit être prise en dernier ressort.

**317.** Ensuite, le sort du contrat étant à la merci du juge, il en découle un pouvoir d'appréciation souveraine de celui-ci sur les remèdes. C'est au président du tribunal compétent, comme le souligne l'article 162, de déterminer discrétionnairement la solution sans le commun accord des parties. À titre de rappel, la saisine judiciaire est unilatérale, déclare l'article 162 énonçant que l'une des parties saisit le président du tribunal compétent. Si ce dernier conclut l'existence d'une imprévision peut, s'il estime « raisonnable » mettre fin au contrat ou l'adapter.

**318.** On assiste à une automatisation de l'intervention du juge et le caractère subsidiaire de son intervention est à revoir. Plusieurs facteurs démontrent la prépondérance du pouvoir du juge dans la relation contractuelle : la saisine judiciaire unilatérale, le choix discrétionnaire des remèdes sans commun accord des parties, et la restriction de la liberté contractuelle qui en découle.

**319.** A la lecture des dispositions de l'article 162 *in fine*, c'est au juge, guidé par la raison, de trouver la solution la plus adaptée en se basant sur les données factuelles. Par exemple s'il estime que le lien contractuel nécessite une continuité, il adapte le contrat aux nouvelles circonstances ou au contraire il y met un terme. Le législateur n'encadre pas strictement les pouvoirs du juge afin que ce dernier ne s'immisce considérablement dans le contrat dans les limites posées par la loi. Il choisit discrétionnairement la solution et ce, quand bien même la partie qui l'a saisi l'a fait d'une demande de résiliation par exemple. Force est de constater que même les parties restent impuissantes face au pouvoir discrétionnaire du juge.

**320.** Le juge dispose d'un pouvoir potentiellement très large sur l'opportunité de son immixtion quant à l'adaptation du contrat. Tout se joue ensuite sur les intentions du juge qui doit être toutefois guidé par le standard « raisonnable » dans son office. Ainsi, le juge a le libre arbitre sur les solutions qui sont mises à sa disposition par le législateur sans énoncer d'ordre de priorité.

## Conclusion du chapitre

- 321.** Le droit français place les parties au contrat sur un piédestal leur offrant une priorité d'intervention. L'intervention du juge est conditionnée par l'échec ou le refus d'une tentative de renégociation amiable des parties. Quand bien même, l'intervention du juge est reléguée au second plan, sa saisine doit être conjointe et la résiliation du contrat doit être une seconde option. Dans l'esprit du législateur français, la survie du contrat est avant tout le but poursuivi en cas d'imprévision, avant de penser à l'anéantir.
- 322.** Le droit sénégalais n'est toujours pas favorable à l'idée d'immiscer le juge dans la relation contractuelle lorsque survient une imprévision. Le principe posé par le canal de Craponne est toujours en vigueur en droit privé. Néanmoins, le droit communautaire OHADA qui envisage un droit commun des contrats pour tous les Etats membres tente d'établir un projet d'Acte Uniforme dans lequel est admise la théorie de l'imprévision. Elle a été consacrée à son article 162 dont une étude s'impose. L'analyse de très près des dispositions de cet article permet de remarquer qu'il s'est inspiré fortement du droit français mais les procédés d'intervention du juge diffèrent.
- 323.** A l'instar du droit français où le juge n'est requis qu'en cas de désaccord entre les parties dans un délai raisonnable quant à la saisine conjointe de celui-ci, le droit prospectif OHADA, semble automatiser l'intervention avec une saisine unilatérale en cas d'échec de renégociation. Il n'en demeure pas la seule différence. Alors que le juge français est restreint de la relation contractuelle, autorisé à intervention subsidiairement qu'à la condition que les parties le saisissent, le droit OHADA renforce au contraire les pouvoirs du juge, lui autorisant un pouvoir d'appréciation souveraine sur l'opportunité de son immixtion dans le contrat.

## TITRE 2. LA DELIMITATION DU CONTENU CONTRACTUEL PAR LE JUGE

- 324.** L'efficacité du contrat se mesure par rapport à son contenu. Ce dernier détermine l'exécution du contrat. En effet, l'exécution du contrat est juste et équitable dès lors que son contenu correspond aux obligations des parties. Si le contenu contractuel ne respecte pas ces obligations, son exécution devient litigieuse.
- 325.** Les obligations des parties dépendent des engagements que les parties ont accepté de respecter. En principe, elles sont le fruit d'une négociation aboutissant à des engagements que les parties ont librement acceptés. En effet, les négociations permettent aux parties de fixer ensemble toutes les conditions se rapportant à l'exécution de leur futur contrat. Lorsque les contractants trouvent un terrain d'entente à l'issue des négociations, elles officialisent en toute connaissance de cause leur engagement par la conclusion de l'acte. En guise d'exemple de contrats négociés figurent les contrats de gré à gré où les parties déterminent librement ensemble, par la discussion les conditions de leur convention.
- 326.** Toutefois, avec l'apparition des contrats de plus en plus standardisés dans les années 70, se produit une exclusion des négociations contractuelles. Ces types de contrats sont proposés par des opérateurs (professionnels) aux non-professionnels et aux consommateurs. Dans les contrats standardisés, les obligations ne sont pas négociables. Les conditions générales de la convention sont définies à l'avance par l'une des parties où l'autre est libre d'adhérer ou non à un contrat dont les stipulations sont préétablies<sup>134</sup>.
- 327.** Ainsi, dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels, s'établit un rapport de force dus à l'absence de négociation et l'unilatéralisme dans la détermination des conditions. C'est-à-dire, le consommateur n'étant pas disposé à participer à la négociation des conditions de la convention, est exposé à des injustices ou abus dès lors que le professionnel qui rédige unilatéralement les clauses du contrat ne le fera pas sans doute en faveur du consommateur ou du non-professionnel. Cette situation peut

---

<sup>134</sup> Art. 1110 al. 2 du Code civil.



engendrer au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties<sup>135</sup>.

**328.** Ce déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties s'apprécie dès lors que le professionnel détermine les clauses contractuelles à son avantage et au détriment du consommateur. Lorsque ces clauses servent plus au professionnel qu'elles ne nuisent au consommateur, elles sont considérées comme abusives et doivent par conséquent être supprimées du contrat.

**329.** Plusieurs acteurs participent à la lutte contre ces clauses abusives, notamment le pouvoir réglementaire à travers le décret de 1978. Ce décret pris en Conseil d'Etat confère au pouvoir réglementaire la possibilité de déterminer les clauses abusives qui doivent être déclarées nulles. Ce dernier a en conséquence dressé deux listes de clauses abusives : une liste de clauses noires ou clauses interdites et une liste de clauses grises ou clauses présumées abusives.

**330.** En outre, existent des associations des consommateurs habilitées à exercer des actions en suppression des clauses abusives et la commission des clauses abusives qui a pour mission principale de rendre des avis consultatifs et reformuler des recommandations. La commission examine les contrats proposés par les professionnels aux consommateurs et recommande la suppression des clauses qui ont pour effet ou objet de créer au détriment du consommateur ou du non-professionnel un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Toutefois, la commission n'intervient pas dans les différends et il est important de noter que seul le juge est compétent pour déclarer nulle une clause.

**331.** D'ailleurs, l'intervention du juge dans la lutte contre les clauses abusives est très remarquable. Le juge n'a pas de sitôt acquis ce pouvoir de dire si oui ou non une clause est abusive et mérite d'être bannie du contrat. Ce pouvoir lui avait été d'abord refusé par le législateur qui le conférait uniquement au pouvoir réglementaire. Ce dernier a dressé une liste de clauses considérées comme abusives dont la suppression à effet direct et immédiat sur le contrat, ne laissait pas place au juge le choix de se prononcer sur la nature d'une telle ou telle clause.

---

<sup>135</sup> Art. 1171 du Code civil et L.212-1 du Code de la consom.

**332.** En effet, le législateur a donné au juge le seul pouvoir de constater le caractère abusif d'une clause mais sans lui offrir la possibilité d'apprécier ce caractère. La seule fois où le juge dispose d'un plein pouvoir d'appréciation d'une clause abusive, est lorsque la clause abusive ne figure pas dans la liste de clauses abusives établie par le pouvoir réglementaire.

**333.** C'est ainsi que le juge s'est introduit progressivement dans le domaine de la lutte contre les clauses abusives en s'octroyant d'abord le pouvoir de reconnaître le caractère abusif d'une clause non listée par le pouvoir réglementaire dès lors que la loi ne lui en interdisait pas expressément. Ensuite, son intervention s'intensifie dans un monde en constante mutation où le contrat évolue sans cesse avec l'apparition de nouvelles technologies, notamment Internet, où le contrat peut se passer sous forme électronique. Ce changement de format contractuel met fin d'une part une ère de formation classique du contrat, et par extension limite le contrôle des clauses abusives et d'autre part, marque le début d'un changement des règles de formation du contrat où les contractants faibles sont exposés à de nouveaux abus. Progressivement, le juge bénéficie d'un pouvoir de plus en plus étendu dans la détermination des clauses abusives et ce, jusqu'à ce que le législateur le lui en confère définitivement (**Chapitre 2**).

Le juge dispose à présent, sous l'empire du Code civil de 2016, d'un pouvoir d'appréciation souveraine sur la détermination des clauses abusives. Il lui revient dès lors le pouvoir de supprimer toute clause qu'il juge abusive y compris les clauses listées par le pouvoir réglementaire. Il est important de préciser que seul le juge est compétent à déclarer une clause abusive (**Chapitre 1**).

## CHAPITRE 1. L'ELIMINATION DES CLAUSES ABUSIVES DU CONTENU CONTRACTUEL

**334.** L'émergence de la société de consommation dans les années 70 a fait exploser les contrats d'adhésion dont la particularité est la détermination des stipulations contractuelles à l'avance par l'une des parties à savoir le professionnel<sup>136</sup>. Les clauses abusives ont fait leur apparition dans ce contexte et les contrats d'adhésion ont dû être encadrés à cet effet. Le premier texte de prévention des clauses abusives a été adopté le 10 mai 1978 relatif à la protection des consommateurs<sup>137</sup>. En France, le Code de la consommation est le premier instrument juridique de lutte contre les clauses abusives dans les contrats d'adhésion. A travers la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993, le droit français a codifié la notion de clause abusive dans le Code de la consommation à son article L212-1 (nouveau) qui la définit en ces termes : « dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Il s'est ensuivi du Code civil qui prend en compte cette notion dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit commun des contrats qui se retrouve dans son article 1171 qui énonce que « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

**335.** Les clauses abusives sont définies dès lors comme des clauses qui créent un déséquilibre significatif au détriment d'une partie entre les droits et les obligations de celles-ci<sup>138</sup>. Le déséquilibre significatif résulte du rapport de force entre le professionnel qui définit selon sa volonté, les stipulations contractuelles et le consommateur ou le non- professionnel qui adhère sans négociation à la convention préétablie.

Pour mémoire, le déséquilibre contractuel n'est pas en principe sanctionné au nom de l'autonomie de la volonté. La raison en est que dès lors que le consentement est intègre, si un déséquilibre se crée au moment de la conclusion du contrat, il est réputé avoir été voulu. C'est la raison pour laquelle, la validité du contrat n'est pas subordonnée à un équilibre des prestations. Si les parties ont regardé ce déséquilibre comme un équivalent des prestations au

---

<sup>136</sup> Aurélien BAMDE, « Les clauses abusives : régime juridique », disponible sur <https://aurelienbamde.com>.

<sup>137</sup> Claire-Marie PEGLION ZIKA, *La notion de clause abusive*, Thèse, Droit, Paris, 2013, p. 259.

<sup>138</sup> Art. 1171 du Code civil.

moment de la conclusion du contrat, nul ne peut invalider leur convention. Est-ce dire que le déséquilibre contractuel n'est pas sanctionné ?

**336.** D'abord, le juge peut sanctionner un déséquilibre des prestations lié à un vice de consentement (dol ou violence), un déséquilibre lié à une contrepartie illusoire ou dérisoire et un déséquilibre relatif à la lésion<sup>139</sup>.

**337.** Ensuite, le juge peut également sanctionner un déséquilibre significatif dès lors qu'il est créé par une clause abusive. Une clause qui crée un déséquilibre significatif au détriment d'une partie entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée<sup>140</sup>.

**338.** Toutefois, l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation<sup>141</sup> car il s'agit d'un déséquilibre juridique et non économique.

**339.** Si le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations devait être adopté, l'éradication des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat serait, en droit français, menée conjointement sur le terrain du droit commun et des droits spéciaux de la consommation et de la concurrence<sup>142</sup>.

A l'issue de cette réforme, le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation des clauses abusives (**Section 1**) dont la sanction consiste à les déclarer non écrites et les supprimer du (**Section 2**).

### **Section 1. L'appréciation souveraine du juge du caractère abusif d'une clause**

**340.** Une clause est déclarée abusive dans un contrat soit parce qu'elle figure dans la liste de clauses illicites établie par décret en conseil d'Etat soit parce qu'elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties (§ 1). Ce déséquilibre significatif

---

<sup>139</sup> Aurélien BAMDE, « Les clauses abusives : régime juridique », *op. cit.*

<sup>140</sup> Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « L'appréciation du déséquilibre significatif », *Petites Affiches*, 2015, n° 177, p. 70.

<sup>141</sup> Art. 1171 al. 2 du Code civil.

<sup>142</sup> Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, *op. cit.*

existe lorsque la victime s'est vu imposer des obligations plus rigoureuses ou lorsque le bénéficiaire a considérablement limité sa responsabilité, voire l'exclure (§ 2).

### ***§ 1. La clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties***

**341.** L'article L.212-1 du Code de la consommation dispose que « dans les contrats conclus entre professionnels et consommateur, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties ». L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation<sup>143</sup>. Les clauses abusives sont réparties dans deux listes. Une liste noire qui présente les clauses irréfragablement abusives ou clauses interdites dont la suppression a un effet immédiat (**A**) et une liste grise de clauses présumées abusives dont la suppression est conditionnée par l'absence de preuve qu'elle ne présente pas de caractère abusif (**B**).

#### **A. Les clauses réputées abusives en toute circonstance**

**342.** Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de créer au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties<sup>144</sup>. Sont donc irréfragablement abusives au sens de l'article R.212-1 du Code de la consommation, les clauses qui ont pour objet ou pour effet de<sup>145</sup> :

« Constaté l'adhésion du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion ;

Restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires ;

---

<sup>143</sup> Art. 1171 al. du Code civil.

<sup>144</sup> Art. L212-1 du Code de la consom.

<sup>145</sup> Aurélien BAMDE « L'identification des clauses abusives: déséquilibre significatif, liste noire, liste grise et recommandations de la Commission des clauses abusives: commentaire de la loi du 10 janvier 1978 », disponible sur <https://aurelienbamde.com/tag/loi-du-10-janvier-1978>.

Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre ;

Accorder au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat ;

Contraindre le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service ;

Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ;

Interdire au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service ;

Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au consommateur ;

Permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non réalisées par lui, lorsque celui-ci résilie lui-même discrétionnairement le contrat ;

Soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le consommateur que pour le professionnel ;

Subordonner, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel ;

Imposer au consommateur la charge de la preuve, qui, en application du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat »<sup>146</sup>.

Lorsque la clause se trouve dans la liste noire des clauses dites interdites, elle est impérativement nulle et le juge doit enjoindre au professionnel, le cas échéant, de la supprimer du contrat. La suppression de telles clauses dans le contrat ne requiert au préalable aucune preuve pour justifier leur caractère abusif. Elles sont considérées de manière irréfragablement abusive car le professionnel ne peut pas prouver leur caractère non abusif et ce, même si ces clauses ne figurent pas dans la liste des clauses interdites. Elles sont automatiquement bannies du contrat pour leur nature illicite et leurs effets très déséquilibrants.

Tel est le cas lorsqu'une clause offre la possibilité pour une partie de modifier unilatéralement les tarifs ou les conditions contractuelles<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> Art. R.212-1 du Code de consom.

## B. Les clauses présumées abusives

Aux termes de l'article R.212-2 du Code de la consommation, sont présumées abusives au sens de l'article L.212-1 du même code, les clauses qui ont pour objet ou pour effet de :

« Prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté ;

Autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes au sens de l'article L.214-1, si c'est le professionnel qui renonce ;

Imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné ;

Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable ;

Permettre au professionnel de procéder à la cession de son contrat sans l'accord du consommateur et lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits du consommateur ;

Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties, autres que celles prévues au 3° de l'article R. 212-1 ;

Stipuler une date indicative d'exécution du contrat, hors les cas où la loi l'autorise ;

Soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le consommateur que pour le professionnel ;

Limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur ;

Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges »<sup>148</sup>.

**343.** La liste grise de clauses abusives est constituée de stipulations sur lesquelles pèse une forte présomption de caractère abusif. Toutefois, elles ne le sont pas toujours. C'est la raison

---

<sup>147</sup> Cass. com., 29 septembre 2015, n° 13-25.043.

<sup>148</sup> Art. R.212-2 du Code de consom.

pour laquelle, la présomption qui pèse sur ces clauses est simple, à charge pour le professionnel de rapporter la preuve contraire.

Lorsque la clause est seulement présumée abusive, il est recommandé de négocier avec le professionnel afin de valoir son caractère abusif. Le but est de faire renoncer à son application. En de cas de conflit, le litige peut être porté devant le juge. Le juge apprécie le caractère abusif de la clause en question et le professionnel doit démontrer en quoi la clause n'est pas abusive.

**344.** Concernant la charge de la preuve, il faut savoir qu'il incombe à la victime-demandeur d'apporter la preuve que les clauses du contrat sont de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Et il revient au défendeur d'apporter la preuve contraire, c'est-à-dire d'apporter la preuve de l'équilibre général du contrat<sup>149</sup>. Pour le consommateur, le fait que la clause soit présumée abusive le libère de toute charge de preuve alors qu'il est important pour le professionnel de prouver l'inverse.

S'il n'arrive pas à prouver que la clause présente un caractère abusif, le juge doit la déclarer nulle et doit enjoindre au professionnel, le cas échéant, de la supprimer de ses contrats.

Une clause est abusive soit parce qu'elle figure dans la liste des clauses déclarées abusives, soit parce que la clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

## *§ 2. L'existence d'un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties*

**345.** Qu'elle soit confinée dans les listes établies par décret en conseil d'Etat ou qu'elle ne figure sur aucune liste, une clause est abusive dès lors qu'elle crée au détriment du consommateur ou non-professionnel un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties<sup>150</sup>. Ce déséquilibre significatif est apprécié dès l'instant que le consommateur se voit imposer des obligations plus rigoureuses ou alors le professionnel a diminué considérablement sa responsabilité. Pour mettre en œuvre le déséquilibre significatif, il est d'abord important qu'il fasse l'objet d'appréciation (A). Elle consiste pour le juge de vérifier si la clause qui lui est soumise renvoie au déséquilibre significatif en s'appuyant sur des critères d'appréciation (B).

---

<sup>149</sup> Garance CATTALANO-CLOAREC, « Le déséquilibre significatif », s.d., disponible sur <https://avocat-nice-pardo.fr>.

<sup>150</sup> Art. 1171 du Code civil.



## A. L'appréciation du déséquilibre significatif par le juge

346. Cette appréciation s'étend sur les clauses contenues dans les listes réglementaires<sup>151</sup> figurant aux articles R.212-1 et R.212-2 du Code de consommation et sur les clauses qui ne figurent sur aucune des listes dès lors qu'elles créent au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

347. Dans le premier cas, les clauses qui figurent dans les listes de clauses noires /ou grises font l'objet d'une appréciation limitée. Le juge doit simplement vérifier que la clause litigieuse correspond bien à celle déclarée abusive par décret<sup>152</sup>. Dès lors, le professionnel est tenu de la supprimer dans le contrat sans aucun moyen de prouver son caractère non abusif, si celle-ci fait partie des clauses noires. Cependant, si la clause est grise, son caractère abusif ou non est discutable. En effet, sa subsistance dans le contrat dépend de la seule condition que le professionnel rapporte la preuve que celle-ci ne présente pas un déséquilibre significatif entre lui et le consommateur. Dans le cas contraire, le juge doit l'enjoindre de la supprimer de ses contrats.

348. Ainsi, dans une décision de la Cour de cassation<sup>153</sup>, le juge a relevé plusieurs clauses abusives dans un contrat de séjour proposé aux personnes âgées. En l'espèce, un établissement proposant des services aux personnes âgées, prévoit dans le contrat des clauses qui :

« Ne prévoient aucune déduction du tarif d'hébergement lors des trois premiers jours d'absence pour convenances personnelles ou pour hospitalisation (dès lors qu'elle a pour effet de contraindre le consommateur à payer des prestations, notamment de restauration, qui ne lui sont pas fournies par le professionnel) ;

Prévoient qu'en cas de départ volontaire du résident sans délai de prévenance ou anticipé par rapport au délai de prévenance, il lui sera facturé un mois de pension à compter de la date d'information de la direction sous la seule déduction du coût alimentaire journalier (dans la mesure où elle contraint le consommateur à payer des prestations comprises dans le coût d'hébergement, notamment l'entretien du linge et l'animation, qui ne lui sont plus fournies par l'établissement) ;

---

<sup>151</sup> Claire-Marie PEGLIION-ZIKA, « La notion de clause abusive », *op. cit.*, p. 277.

<sup>152</sup> *Ibid.* Les clauses noires et grises retenues par le pouvoir réglementaire à travers le décret de 20 mars 2009.

<sup>153</sup> Cass. civ. 1, 3 novembre 2016, n° 15-20.621.

Prévoient une indemnité de préavis à son profit si le consommateur rompt le contrat sans respecter le délai de prévenance mais qui ne prévoit pas réciproquement le droit pour le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent si c'est le professionnel qui rompt le contrat sans respecter de délai de prévenance »<sup>154</sup>.

Au sens de l'article L.212-1 du Code de la consommation, dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de contraindre le consommateur à :

1. « Exécuter ses obligations tandis que réciproquement le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service ; qu'est, par conséquent, abusive la clause insérée dans le contrat de séjour proposé par l'association qui ne prévoit aucune déduction du tarif d'hébergement lors des trois premiers jours d'absence pour convenances personnelles ou pour hospitalisation ;

2. Autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat sans prévoir réciproquement le droit pour le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent si c'est le professionnel qui renonce. Telle la clause qui prévoit une indemnité de préavis au profit du professionnel. En effet, si le consommateur rompt le contrat sans respecter le délai de prévenance mais qui ne prévoit pas réciproquement le droit pour le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent si c'est le professionnel qui rompt le contrat sans respecter de délai de prévenance »<sup>155</sup>.

En statuant sur le fondement des articles L.212-1, R.212-1 et R212-2 du Code de la consommation, le juge a déclaré abusives les clauses qui ont pour effet de créer au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

**349.** Il en va également d'une décision de la Cour d'appel de Rouen qui déclare abusive une clause par laquelle, « dans un contrat de sous-traitance, un donneur d'ordre peut résilier le contrat à sa convenance sans indemnité et sans possibilité pour le prestataire de disposer d'une faculté de résiliation »<sup>156</sup>.

**350.** Pour les clauses abusives qui ne figurent dans aucune des listes, le pouvoir d'appréciation du juge est plus étendu. Seul le déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties doit le guider dans la détermination de la nature de la clause. Ainsi le

---

<sup>154</sup> *Ibid.*

<sup>155</sup> *Ibid.*

<sup>156</sup> CA Rouen, 1<sup>er</sup> ch. civ., 12 décembre 2012, n° 12/01200.

juge doit tenir compte d'une part des circonstances qui entourent la conclusion du contrat et d'autre part, apprécier le déséquilibre significatif au regard des clauses du contrat ou d'un autre contrat lorsque les deux sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution<sup>157</sup>.

**351.** La recherche du déséquilibre significatif au-delà de ce que dénoncent les articles R.212-1 et R212.2 du Code de la consommation, s'étend jusqu'au moment qui précède l'échange des consentements. Pour apprécier le caractère abusif d'une clause, le juge doit se fonder sur les circonstances postérieures à la conclusion du contrat. A cet effet, à l'aide l'article L.212-1 du Code de la consommation, le juge doit analyser ses questions suivantes :

**352.** Qu'est-ce qui a été déterminant dans le consentement du consommateur ?

A-t-il consenti en toute connaissance de cause ?

A-t-il été bien informé des conditions générales de la convention ?

**353.** Le juge doit alors prouver le déséquilibre significatif en se basant sur les éléments relatifs au consentement de la partie faible lors de la conclusion du contrat. Il en va ainsi de la dépendance économique du fournisseur ou du distributeur, qui n'a pas d'autre choix que d'accepter les conditions défavorables imposées<sup>158</sup>. La dépendance économique dans laquelle se trouvait le consommateur au moment de la conclusion du contrat détermine son consentement à une convention dont les clauses sont à l'avantage du professionnel. Le juge doit dès lors évaluer le déséquilibre significatif en tenant compte de cette dépendance économique.

**354.** En dehors des circonstances qui entourent la conclusion du contrat, le juge doit apprécier le déséquilibre significatif au regard des clauses du contrat et celles d'autre contrat dès lors que ces deux contrats sont liés juridiquement dans leur conclusion ou dans leur exécution. Cela signifie que le juge ne peut pas exercer le contrôle d'une clause abusive sans se soucier de son environnement contractuel. Pour révéler le caractère abusif d'une clause, le juge doit analyser cette clause prise ensemble avec les autres clauses du contrat. Elle se dévoile abusive donc présente un déséquilibre significatif dès lors qu'elle est mise en relation avec les autres clauses du contrat. Pour évaluer le déséquilibre significatif, le juge doit tenir

---

<sup>157</sup> Aurélien BAMDE « L'identification des clauses abusives : déséquilibre significatif, liste noire, liste grise et recommandations de la Commission des clauses abusives », *op. cit.* Art. L.212-1 al. 2 du Code de la consom.

<sup>158</sup> Magalie GUERRERO, « L'entrée de la notion de déséquilibre significatif dans le droit commun : une réforme ? », *overblog*, s.d., disponible sur <http://magalie-guerrero.over-blog.com/>.

compte de l'économie générale du contrat, soit en considération de l'équilibre général des prestations. L'appréciation économique du déséquilibre est bien sûr exclue par le droit français qui n'admet pas la lésion mais il n'en demeure pas moins que les effets du déséquilibre significatif des droits et obligations des parties impacte le déséquilibre économique du contrat. D'où l'obligation pour le juge d'apprécier le déséquilibre significatif en prenant en considération l'économie générale du contrat.

**355.** Si les articles 1171 du Code civil et L.212-1 al. 2 du Code de la consommation définissent la notion de clause abusive, il n'en demeure pas moins que le déséquilibre significatif n'a pas été défini par ces derniers. Les critères d'appréciation de ce déséquilibre sont laissés au pouvoir discrétionnaire du juge.

### **B. Les critères d'appréciation du déséquilibre significatif**

**356.** Pour apprécier le déséquilibre significatif, le juge doit se baser sur les critères d'appréciation définis par la jurisprudence. Le juge doit à cet effet recourir à la méthode du faisceau d'indices<sup>159</sup>. Lorsque l'appréciation du déséquilibre significatif s'effectue au regard de l'économie générale du contrat, le juge doit se pencher sur des critères susceptibles de manifester un avantage pour le professionnel et un coût ou inconvénient pour le consommateur à savoir l'unilatéralisme dans la détermination des clauses, l'absence de contrepartie pour la partie faible, l'absence de réciprocité des droits et obligations des parties, l'existence d'un avantage excessivement manifeste à la faveur de la partie forte.

**357.** N'ayant pas de définition légale, la recherche du déséquilibre significatif suppose donc une analyse du contenu du contrat, conçu comme comportant des obligations imposées par le professionnel au consommateur auxquelles celui-ci tire profit au détriment de la partie faible. Plusieurs critères permettent d'analyser le déséquilibre significatif.

**358.** L'existence d'un avantage excessivement manifeste à la faveur de la partie forte au contrat : c'est l'un des critères auxquels le juge doit se baser pour apprécier le déséquilibre significatif. La Cour de cassation a, dans une décision retenu ce critère pour déclarer nulle une clause qui avait pour objet de créer un avantage excessif à la faveur du professionnel sans

---

<sup>159</sup> Aurélien BAMDE, « La reconnaissance des clauses abusives en droit commun des contrats : réforme des obligations », s.d., disponible sur <https://aurelienbamde.com/>.

contrepartie pour le consommateur. En l'espèce, un contrat d'assurance conclu entre M. Girard et la CAMB (Caisse d'Assurance Mutuelle du Bâtiment) a été mis fin en date du 13 février 1982, soit sa date de résiliation décennale. En juillet 1982, M. Girard constate des malfaçons dont la Société de construction M. Ferreira est reconnu coupable et réclame la garantie d'assurance pour le dommage. Alors que selon les clauses du contrat qui stipulaient que les garanties cessaient d'être dues à la date de prise d'effet de résiliation, le versement de primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat et son expiration a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouve leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période<sup>160</sup>. Dès lors, si le fait générateur du dommage s'est produit durant la validité du contrat et que M. Girard ne fait que constater le dommage après résiliation, la stipulation selon laquelle le dommage n'est garanti que si la réclamation de la victime nécessaire à la mise en œuvre de l'assurance responsabilité a été formulé au cours de la période de validité du contrat, aboutit à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable. En effet, il ne s'agit pas de sanctionner le comportement de l'assuré par une déchéance. Le juge en déduit que cette stipulation crée « un avantage illicite » au profit du seul assureur qui aurait eu les primes « sans contrepartie ». C'est une clause abusive qui procure au professionnel « un avantage excessif »<sup>161</sup>. Il en va également de l'avantage excessif à la faveur du seul professionnel dans un contrat de location de matériel où « le locataire s'oblige à restituer le matériel loué mais aussi à verser immédiatement au loueur en plus de toutes autres sommes dues en vertu du contrat, une indemnité de résiliation égale au total des loyers T.T.C. non encore échus majoré de 10 % »<sup>162</sup>.

**359.** L'existence du pouvoir unilatéral du professionnel dans la détermination des clauses contractuelles : si l'une des caractéristiques majeures du contrat d'adhésion est d'imposer sa volonté au consommateur, le professionnel n'est cependant pas libre d'imposer des obligations plus rigoureuses à celui-ci ou qu'il diminue considérablement sa responsabilité voire l'exclure. Le pouvoir unilatéral du professionnel se limite à fixer les clauses contractuelles sans négociation mais ne lui donne pas le droit d'acquiescer plus de droits ou d'obligations que le consommateur. L'article R.212-1 déclare abusive toute clause qui octroie un pouvoir discrétionnaire au seul professionnel dans l'exercice des droits et obligations des parties. Tel est le cas de la clause qui autorise le professionnel à résilier le contrat de manière discrétionnaire si la même faculté n'est pas reconnue au consommateur ou les clauses qui

---

<sup>160</sup> Art. L.124-1 C. assur.

<sup>161</sup> Cass. civ. 1, 19 décembre 1990, n° 88-12.863.

<sup>162</sup> CA Pau, 2<sup>e</sup> ch., 5 octobre 2006 – n° 04/03266.

imposent au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé<sup>163</sup>. Cet unilatéralisme entraîne également un déséquilibre significatif lorsque le professionnel prévoit de façon discrétionnaire la durée du contrat sans offrir la possibilité au consommateur le droit de révocation. Il en va de même de la clause qui prévoit dans un contrat de location une durée de 4 ans irrévocable pendant laquelle le matériel loué peut devenir obsolète compte tenu de la rapidité des progrès en la matière sans aucune possibilité pour le locataire de s'adapter à cette situation<sup>164</sup>.

**360.** L'unilatéralisme dans la modification des caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre : caractéristique principale du contrat d'adhésion, l'unilatéralisme ne doit pas rimer avec pouvoir discrétionnaire en matière contractuelle. Si le professionnel peut unilatéralement définir les conditions du contrat, il n'en demeure pas moins que le droit lui dicte une conduite à tenir pour ne pas tomber dans l'abus, soit la nullité des clauses illicites qui entraîneraient au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. En effet, le pouvoir discrétionnaire existe toutes les fois où une personne agit librement sans que la conduite à tenir soit dictée par une règle de droit. Or le professionnel est une partie au contrat dans lequel les droits et les obligations des contractants sont réciproques.

**361.** Cette réciprocité s'entend d'une égalité de pouvoir reconnu à chacune des parties quand bien même c'est le professionnel qui fixe les conditions du contrat. Mais il n'est pas toujours évident qu'une telle réciprocité soit applicable aux parties dès lors que le professionnel se voit réserver un pouvoir discrétionnaire de modification du contenu du contrat et d'imposer son pouvoir au consommateur. Il se peut en effet que l'objet du contrat (ou le prix) se révèle abusif dans la mesure où il est imposé par le pouvoir discrétionnaire du professionnel. Il en va ainsi de la clause qui a pour objet de « réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre »<sup>165</sup>. Cependant le texte autorise le professionnel à stipuler qu'il peut apporter des modifications liées à l'évolution technique à une double condition. D'une part, ces modifications ne doivent entraîner ni l'augmentation des prix, ni l'altération de qualité.

---

<sup>163</sup> *Ibid.*

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> Art. R.212-1 du Code de la consom.

D'autre part, la clause doit réserver au consommateur la possibilité de mentionner les caractéristiques auxquelles il subordonne son engagement<sup>166</sup>.

**362.** L'absence de contrepartie pour la partie faible, le consommateur : l'un des critères qui manifeste un déséquilibre significatif au détriment du consommateur et à la faveur du professionnel est l'absence de contrepartie pour la partie faible. En effet, en l'absence de contrepartie, la clause qui a pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est nul<sup>167</sup>.

**363.** La clause abusive est celle qui crée au détriment de la partie faible un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Ces clauses sont entre autres confinées dans des listes établies par décret en Conseil d'Etat, mais aussi découvertes par le juge. Si la notion de clause abusive est légalement définie, le déséquilibre significatif qu'elle entraîne ne l'est pas. Le juge doit se fonder sur un certain nombre de critères non exhaustifs établis par la jurisprudence pour relever ce déséquilibre.

## **Section 2. Le réputé non écrit d'une clause jugée abusive**

**364.** La clause qui a pour objet ou effet d'entraîner au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non écrite par le juge. Cependant, il est important de noter que la suppression de la clause abusive est différente de la nullité du contrat. Si la nullité entraîne l'anéantissement du contrat tout entier, le non réputé de la clause abusive renvoie à la suppression dans le contrat la clause jugée abusive (§ 1). Cette suppression de la clause n'entraîne pas la disparition de la globalité du contrat quand même il y a des positions différentes entre le juge national et le juge de l'Union Européenne (§ 2).

---

<sup>166</sup> Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives - Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *Contrats Concurrence Consommation*, 2008, n° 06, p. 7.

<sup>167</sup> Art. 212-1 du Code de la consom.

### **§ 1. Le réputé non écrit, une sanction de la clause jugée abusive**

**365.** D'après l'article 1170 du Code civil « toute clauses qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». Autrement dit, seule la clause jugée illicite doit être bannie de la convention (**A**) mais le contrat, quant à lui continue à produire ses effets (**B**).

#### **A. L'éradication de la clause abusive dans le contrat**

**366.** Toute clause déclarée abusive est réputée non écrite par le juge. Elle est « déclarée nulle et de nul effet »<sup>168</sup>. Cependant, l'éradication de la clause abusive dans le contrat obéit à des règles. D'abord le juge n'a pas, en premier lieu, le pouvoir de statuer d'office dans la procédure de lutte contre les clauses abusives. Il est saisi soit par le consommateur ou (l'association des consommateurs), soit par le non-professionnel, soit par l'administration. En outre, le juge peut également saisir la Commission des clauses abusives à l'occasion d'une instance pour obtenir son avis sur le caractère abusif d'une clause. En effet, le rôle de la Commission est d'examiner les modèles de contrats proposés par les professionnels aux consommateurs en émettant des avis et des recommandations sur le caractère abusif des clauses contractuelles<sup>169</sup>. Toutefois, elle n'intervient pas dans les différends. Seul le juge est compétent pour déclarer abusive une clause. Enfin, l'existence d'une preuve est nécessaire pour établir la vérité sur une présomption de clause abusive. Une clause est déclarée abusive à condition qu'il soit prouvé qu'elle entraîne au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties sauf les clauses « noires » ou interdites qui ne nécessitent aucune preuve pour justifier leur caractère abusif.

**367.** Ainsi, lorsque le juge est saisi d'une appréciation du caractère abusif d'une clause, la nullité de celle-ci dépend de la présomption simple ou irréfragable qui est attachée à la clause :

**368.** Si la clause figure dans la liste noire des clauses abusives, le juge doit vérifier qu'elle correspond bien aux clauses interdites et la déclarer nulle et doit enjoindre au professionnel, le

---

<sup>168</sup> Cass. civ. 3, 4 février 2016, n° 14-29.347

<sup>169</sup> Art. L.822-4 du Code de la consom.



cas échéant sous astreinte, de la supprimer de ses contrats<sup>170</sup>. Les clauses noires sont celles définies par décret en Conseil d'Etat dont la présence dans un contrat est formellement interdite. Dès lors, elles sont automatiquement nulles car considérées comme irréfragablement abusives par l'article R.212-1 du Code de la consommation. Il en va ainsi de la clause qui prévoit une faculté de résiliation unilatérale au profit du seul professionnel sans accorder ce même droit au consommateur<sup>171</sup>, ou qui prévoit des indemnités manifestement disproportionnées en cas d'inexécution du contrat<sup>172</sup> ou encore la clause qui contraint le consommateur à exécuter ses obligations alors que le professionnel n'exécute pas les siennes<sup>173</sup>. Ces clauses font l'objet d'une suppression automatique car elles sont purement et simplement interdites, sans possibilité pour le professionnel de prouver leur caractère non abusif.

**369.** Si la clause abusive fait partie de la liste des clauses grises, le juge apprécie le caractère abusif de la clause considérée comme abusive. La présomption simple qu'une clause est abusive n'entraîne pas automatiquement sa suppression du contrat. Le professionnel doit rapporter la preuve que la clause ne présente pas de caractère abusif<sup>174</sup>. S'il n'arrive pas à prouver que la clause n'a pas de caractère abusif, le juge doit la déclarer nulle et doit enjoindre au professionnel, comme dans le cas précédent, de la supprimer de ses contrats<sup>175</sup>. Ainsi, « dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ; que sont présumées abusives, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable »<sup>176</sup>. En l'espèce, une clause prévoit dans un contrat de prêt immobilier consenti par une banque et des emprunteurs M. O et Mme. N la faculté pour la banque de prononcer la déchéance du terme, rendant immédiatement exigibles les sommes dues, notamment en cas de fourniture de renseignements inexacts sur la situation de l'emprunteur, sans qu'aucun délai de préavis ne doive être respecté<sup>177</sup>. En effet, en appréciant

---

<sup>170</sup> « Les clauses abusives (source DGCCRF) », 2020, disponible sur <https://thionville.ufcquechoisir.fr/>.

<sup>171</sup> CA Poitiers, 1<sup>er</sup> ch. civ., 16 mars 2021, n° 19/00829.

<sup>172</sup> *Ibid.*

<sup>173</sup> CA Saint-Denis (Réunion), ch. civ., 11 février 2021, n° 19/00440.

<sup>174</sup> Art. L.212-1 al. 5 du Code de la consom.

<sup>175</sup> « Les clauses abusives (source DGCCRF) », *op. cit.*

<sup>176</sup> Art. L.212-1 al. 5 *op. cit.*

<sup>177</sup> Cass. civ. 1, 20 janvier 2021, n° 18-24.297.

la clause, le juge constate que sans qu'aucun délai de préavis n'ait à être respecté, la clause est présumée abusive, sauf à la banque de prouver le contraire<sup>178</sup>.

**370.** Si la clause figure dans les recommandations de la Commission des clauses abusives, le juge doit apprécier son caractère abusif. Cependant, c'est au consommateur d'apporter la preuve que la clause est abusive. Le fait que « la Commission déclare la clause abusive est un argument de poids qui ne lie pas le juge et il appartient dès lors au consommateur de démontrer que la clause a un caractère abusif »<sup>179</sup>. En effet, la commission des clauses abusives a le 27 janvier 2005, dans une recommandation n° 05-01 relative à l'hôtellerie de plein air et aux locations d'emplacements de résidences mobiles, recommandé « que soient éliminées des contrats de d'hôtellerie de plein air les clauses ayant pour objet ou pour effet d'obliger le consommateur qui vend sa résidence mobile à verser une rémunération au professionnel, sans contrepartie de la part de ce dernier »<sup>180</sup>. En l'espèce, dans un contrat de mandat de vente de mobil-home, les époux X et Y mandate une société pour la vente de leur mobil-home. Le contrat conclu entre les deux parties le 3 juillet 2014 est fait en parallèle avec l'annonce sur le site « Le bon coin » par les époux X et Y le 26 avril 2014 la vente de ce même mobil-home, soit deux mois avant la signature du contrat de mandat. Après la vente du bien au prix de 17500 euros, le mandataire (la société) conserve à titre de rémunération la part de prix de vente du mobil-home d'un montant de 7000 euros, soit le prix à conserver en toutes hypothèses à titre de commission pour un montant de vente excédant 10.500 euros, quand bien même cette rémunération n'aurait-elle eu aucune contrepartie. Or dans le contrat de mandat, le juge a constaté qu'il n'est stipulé nulle part que le mandataire doit percevoir une commission de la vente d'un tel montant. En outre, les époux X et Y ont rapporté la preuve que la vente a été réalisée grâce à l'annonce publiée sur le site « Le bon coin », que le mandataire la (société) a perçu une somme pour laquelle il n'existe pas de contrepartie. Ainsi, au vu de toutes ces considérations, le juge déclare la clause privée de contrepartie abusive au sens de l'article L.212-1 du Code de consommation et ordonne à la société mandataire de rembourser les époux X et Y la somme de 7000 euros<sup>181</sup>.

**371.** La clause abusive n'a pas pour unique sanction sa suppression du contrat. En plus de sa disparition, une sanction pécuniaire subordonnée à cette nullité est prévue en l'espèce. Il

---

<sup>178</sup> *Ibid.*

<sup>179</sup> « Les clauses abusives (source DGCCRF) », *op. cit.*

<sup>180</sup> Cass. civ. 1, 27 novembre 2019, n° 18-14.575.

<sup>181</sup> *Ibid.*

s'agit en effet des clauses noires ou interdites. L'existence d'une ou de plusieurs clauses noires dans un contrat peut également être sanctionnée d'une amende administrative d'un montant de 3000 euros pour une personne physique et 15000 pour une personne morale<sup>182</sup>.

**372.** Le non réputé de la clause abusive a pour conséquence la suppression de la clause jugée abusive du contrat comme si elle n'a jamais existé. Quant au contrat, il reste valable et continue de produire ses effets tant que la clause supprimée ne porte pas sur l'objet essentiel du contrat.

### **B. Le maintien du contrat amputé de la clause abusive**

**373.** L'article L 241-1 du Code de consommation énonce que « le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives ». Le réputé non écrit n'est pas une nullité. Ces deux sanctions sont distinctes dès lors que le non réputé de la clause illicite n'a pas pour but d'entraîner la nullité du contrat. La clause abusive disparaît du contrat comme si elle n'avait jamais existé et le contrat continue à produire ses effets. Ces deux notions peuvent donc se résumer au schéma suivant : la nullité consiste à faire disparaître l'acte dans sa globalité alors que le réputé non écrit se résume à la disparition d'une ou de plusieurs clauses contractuelles, laissant libre cours au contrat.

**374.** Le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses<sup>183</sup>. Le réputé non écrit empêche le juge d'étendre la nullité de la clause illicite à d'autres clauses du contrat quand bien même elles sont intimement liées<sup>184</sup>. Le contrat est toujours maintenu lorsque la loi répute une de ses clauses non écrites<sup>185</sup>.

**375.** Le juge déclare que « les demandes tendant à voir réputer non écrite une clause illicite ne s'analysent pas en une demande de nullité du contrat. La nullité et le réputé non écrit sont des sanctions distinctes »<sup>186</sup>. En effet, le réputé non écrit est une sanction qui vise à supprimer dans le contrat une ou plusieurs clauses illicites sans nécessairement impacter les autres

---

<sup>182</sup> « Les clauses abusives (source DGCCRF) », *op. cit.*

<sup>183</sup> Art. L.241-1 du Code de la consom.

<sup>184</sup> Sophie PELLET, « Le réputé non écrit n'est pas une nullité », *L'Essentiel Droit des contrats*, 2019, n° 05, p. 1.

<sup>185</sup> Art. 1184 du Code civil.

<sup>186</sup> Cass. civ. 1, 13 mars 2019, n° 17.23169.

clauses du contrat, soit le maintien du contrat amputé des clauses jugées abusives. La nullité quant à elle vise à annuler les effets du contrat et de placer les parties dans l'état où elles étaient avant la conclusion du contrat.

**376.** Toutefois, la nullité d'une clause peut entraîner celles du contrat en son entier si elle en était la clause impulsive et déterminante. C'est pourquoi, la question préoccupante est celle de savoir si la clause déterminante et impulsive n'entraîne pas la nullité du contrat dans son entier dès lors qu'elle le prive de substance essentielle. Il s'agit donc de voir si la clause prive de substance l'obligation essentielle ou si elle déséquilibre significativement au détriment du consommateur les droits et les obligations des parties. L'article L.241-1 du Code de la consommation est précis à ce sujet en déclarant que le contrat reste valable sauf dans les cas où les clauses jugées abusives affectent pas substantiellement l'objet du contrat. Ainsi, seul le pouvoir d'appréciation du juge peut trancher cette question.

**377.** D'abord, le réputé non écrit est subordonné à l'appréciation de la valeur et de la portée de la clause illicite. A l'exception des clauses interdites, la suppression d'une clause abusive dans le contrat est soumise à une appréciation de son importance dans le contrat et de son impact sur les autres clauses<sup>187</sup>. En effet, le juge doit examiner les obligations contenues dans la clause illicite pour déterminer si elles sont essentielles ou pas, quel serait leur impact sur les autres clauses ou sur le contrat en général si elles sont supprimées, quel serait le préjudice qu'elle cause au consommateur si, par les obligations essentielles qu'elle comporte, le juge décide de les maintenir dans le contrat. Pour cette deuxième hypothèse, il ne peut pas y avoir de sauvegarde d'une clause illicite dans un contrat. Soit la clause part soit le contrat part avec elle si ce dernier ne peut pas subsister sans elle.

**378.** Ensuite, le juge a fait la distinction entre le réputé non écrit de la nullité<sup>188</sup>. Le réputé non écrit est un mode sanction qui vise à sauvegarder le contrat qui est menacé de nullité du fait d'une clause abusive<sup>189</sup>. C'est une sanction « correctrice » d'un acte juridique comportant une clause abusive purgé de celle-ci par son anéantissement. Le réputé non écrit joue ainsi un double rôle. Alors qu'il prive un contrat d'une ou plusieurs clauses jugées abusives en les supprimant, il lui permet par la même occasion d'être sauvé d'une nullité totale en le

---

<sup>187</sup> Sophie PELLET, « Le réputé non écrit n'est pas une nullité », *op. cit.*

<sup>188</sup> Cass. civ. 3, 23 janvier 2008, n° 06-19.129.

<sup>189</sup> Garance CATTALANO-CLOAREC, « Pas de réputé non écrit sans texte », *Revue des contrats*, 2018, n° 01, p. 130.

débarrassant les clauses illicites. Son action se résume à : l'illicéité s'efface et le reste demeure.

**379.** Toutefois, cette notion de réputé non écrit n'est pas envisagée de la même manière selon les instances juridictionnelles saisies.

## **§ 2. Le réputé non écrit, une approche non uniforme**

**380.** Si le réputé non écrit est considéré comme un anéantissement d'une ou de plusieurs clauses abusives dans le contrat, il n'en demeure pas moins cette notion ne puisse faire l'unanimité au sein des juridictions. Les avis sont divisés entre d'une part le juge national et le législateur qui déclarent que le réputé non écrit consiste purement et simplement à supprimer dans le contrat une clause illicite (A) et d'autre part le juge de la CJUE pour qui le réputé non écrit se ne limite pas à se débarrasser de la clause abusive mais à faire bien plus que cela (B).

### **A. L'approche du juge national et du législateur**

**381.** Le législateur a été précis sur la notion de réputé non écrit lorsqu'il affirme que « le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives, s'il peut exister sans ces clauses »<sup>190</sup>. Le juge national est plutôt conforme à cette déclaration. Le réputé non écrit ne peut pas s'envisager autrement que la nullité des clauses jugées abusives comme si elles n'ont jamais existé. Le juge l'a déjà souligné dans une décision en affirmant que les demandes tendant voir réputer non écrite une clause abusive ne peuvent s'analyser d'une demande de nullité<sup>191</sup>. Ainsi, la nullité et le réputé non écrit sont deux notions bien distinctes.

**382.** Selon le juge national, le réputé non écrit ne peut pas s'étendre d'une nullité sachant que celle-ci consiste à effacer les effets les contrats, soit la disparition de l'acte tout entier alors que le réputé non écrit n'est ni plus ni moins que la suppression d'une clause contractuelle.

Est-ce dire que la suppression d'une clause abusive qui contient une obligation essentielle ne serait pas susceptible de porter atteinte à l'objet du contrat, que le juge doit rester ferme sur sa

---

<sup>190</sup> Art. L.241-1 du Code de la consom.

<sup>191</sup> Cass. civ., n° 17.23169, *op. cit.*

décision ? Ou alors doit-il sauver le contrat ou au contraire l'entraîner avec la clause abusive vers une disparition totale ?

**383.** Si l'article L.241-1 du Code de la consommation laisse entrevoir que le contrat pourrait être anéanti dans sa globalité si les clauses abusives supprimées l'affectent substantiellement de telle sorte qu'il ne peut survivre sans elles, l'article 1184 al. 2 du Code civil exclut cette possibilité lorsqu'il affirme « le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien ».

**384.** A la lecture de ces dispositions, le réputé non écrit peut s'étendre d'une nullité dès lors que conséquemment, cette sanction prive le contrat de produire ses effets. En effet, en droit de la consommation le législateur est plutôt favorable à une possibilité d'anéantissement d'un contrat tout entier. Ainsi, la nullité du contrat n'est prononcée que dans les cas les plus graves ou lorsque l'anéantissement d'une ou plusieurs causes ne suffirait pas à mettre fin au déséquilibre. Dans une décision de la CJUE, le juge n'a pas exclu cette possibilité pour un Etat de prévoir qu'en présence d'une clause abusive, la sanction encourue est la nullité du contrat dans sa globalité si ce dernier ne peut pas subsister sans ladite clause<sup>192</sup>.

**385.** Toutefois, en droit commun des contrats, le législateur écarte cette possibilité d'anéantissement du contrat. Le contrat n'est pas anéanti, quand bien même une clause portant sur une obligation essentielle serait réputée non-écrite.

**386.** Quelle affirmation légale est favorable au juge ? En effet, le juge privilégie toujours la sanction du réputé non écrit. Il déclare que « la demande tendant à voir réputer non écrites les clauses abusives litigieuses ne s'analyse en une demande de nullité, de sorte qu'elle n'était pas soumise à la prescription quinquennale »<sup>193</sup>. Ainsi, le réputé non écrit a pour effet de supprimer individuellement la clause abusive sans anéantir le contrat dans sa globalité.

## **B. L'approche du juge de l'UE : la CJUE**

**387.** Si le juge national privilégie toujours la sanction du réputé non écrit dès lors qu'il constate l'existence d'une clause abusive dans le contrat, il n'est pas de même pour le juge de

---

<sup>192</sup> CJUE, 15 mars 2012, aff. C-453 /10 Perenic.

<sup>193</sup> Cass. civ. 3, 13 mars 2019, n° 17-23.169.

l'UE. En effet, lorsque la clause jugée abusive porte sur une obligation essentielle dont la suppression affecterait considérablement le contrat, le juge national choisit toujours de maintenir le contrat à l'exception de la clause abusive alors que le juge de l'UE n'est pas toujours favorable à cette solution.

**388.** En effet, lorsque les clauses jugées abusives portent sur des obligations essentielles du contrat de telle sorte que l'éradication de ces dernières ne permet pas au contrat de subsister, le juge de la CJUE, opère deux possibilités : soit il applique la théorie de la divisibilité, soit il substitue la clause abusive par des dispositions supplétives nationales.

La divisibilité de la clause consiste à démanteler la clause en plusieurs parties afin de sauver le surplus de la clause. En effet, il s'agit de décomposer la clause abusive dans le but de le maintenir dans le contrat dès lors qu'en raison de sa divisibilité, la suppression des éléments qui la rendent abusive n'affecte pas sa substance.

Cette règle obéit à des conditions : d'abord, le retranchement de la clause abusive ne doit en aucun cas modifier le sens et la finalité de celle-ci<sup>194</sup>. Ils doivent être préservés s'il est possible de séparer la substance de la clause à l'élément abusif. Ensuite, si la clause vise plusieurs points, des stipulations bien identifiables et dissociables, il est parfaitement envisageable de supprimer le point qui constitue l'élément abusif sans affecter les autres points qui restent licites<sup>195</sup>.

**389.** Le critère de la divisibilité de la clause est envisageable dans la mesure où l'élément abusif est dissociable de la substance de la clause. Cependant, si la clause vise une situation qui comporte plusieurs éléments, dont l'un serait susceptible de rendre la clause abusive, il est alors difficile d'appliquer le critère de la divisibilité. Seuls le juge du fond et du contrôle de la CJUE disposent d'un pouvoir d'appréciation sur le fait de savoir si une clause est divisible ou pas<sup>196</sup>.

Ce critère de la divisibilité de la clause abusive posée par la jurisprudence de la CJUE dans lequel, le juge déclare que « la clause abusive peut être démantelée en plusieurs parties dès lors que l'élément abusif peut être détaché de sa substance sans qu'il n'affecte celle-ci »<sup>197</sup>. Cette jurisprudence a été confirmée par un récent arrêt de la CJUE où le juge affirme que « si par principe une clause doit être simplement éradiquée du contrat, une suppression des seuls

---

<sup>194</sup> Véronique LEGRAND, « Sanction des clauses abusives : l'épreuve de la divisibilité de la clause », *Actu-Juridique*, 2021, disponible sur <https://www.actu-juridique.fr/affaires/droit-economique/>.

<sup>195</sup> *Ibid.*

<sup>196</sup> *Ibid.*

<sup>197</sup> CJUE, 26 mars 2019, Abanca Corporacion Bancaria SA, C-70/17, et Bankia SA, n° C-179/17.

éléments viciés à l'intérieur d'une clause est envisageable si ces éléments sont indépendants les uns des autres »<sup>198</sup>

**390.** La substitution de la clause abusive par une disposition de droit national à caractère supplétif consiste à remplacer la clause déclarée nulle par une règle nationale pour pallier le manque. Cette approche est utilisée lorsque le contrat ne peut pas subsister après la suppression de la clause abusive et que l'annulation globale du contrat serait de nature à pénaliser le consommateur. Ce critère a été dégagé par la jurisprudence Kásler<sup>199</sup>. En effet, la substitution de la clause abusive par la disposition de droit national tend à restituer l'équilibre formel que le contrat a établi entre les droits et obligations des cocontractants. Un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers et non pas à annuler tous les contrats contenant des clauses abusives. Le juge de l'UE n'est pas favorable à la nullité du contrat lorsque les clauses nulles emportent les obligations essentielles du contrat.

---

<sup>198</sup> CJUE, 29 avril 2021, I.W. et R.W. contre Bank BPH S.A, n° C-19/20.

<sup>199</sup> CJUE, 30 avril 2014, Árpád Kásler et Hajnalka Káslerné Rábai contre OTP Jelzálogbank Zrt.



## Conclusion du chapitre

- 391.** L'explosion des contrats d'adhésion et le changement de format contractuel ont fait proliférer les clauses abusives. Le législateur n'a finalement pas réussi à tout prévoir lorsqu'il a conféré au pouvoir réglementaire l'éradication de clauses abusives bien définies. En effet, lorsque le contrat évolue, les règles qui le régissent ne suffisent plus.
- 392.** C'est dans ce contexte que le juge a saisi l'opportunité pour apprécier les clauses non listées par le règlement mais surtout celles qui apparaissent au fil de l'évolution du contrat. Ce pouvoir d'appréciation lui a été d'abord refusé par le législateur avant de lui être définitivement attribué.
- 393.** L'éradication des clauses abusives est confiée au juge depuis la réforme du 10 février 2016. Les clauses abusives sont celles qui créent au détriment du consommateur ou du non-professionnel un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. L'appréciation du déséquilibre significatif est basée sur l'analyse des critères non exhaustifs mis en disposition par la jurisprudence. Le réputé non écrit des clauses abusives produit ses effets automatiquement aussitôt que la clause est jugée abusive.
- 394.** La nullité de la clause abusive doit être cependant distinguée de la nullité du contrat. Si le réputé non écrit vise la suppression de la clause abusive du contrat, la nullité anéantit le contrat dans son ensemble. Se pose alors la question de savoir si la nullité d'une clause comportant une obligation essentielle n'affecterait pas le contrat de telle sorte que ce dernier ne peut pas subsister sans ?
- 395.** La survie du contrat est le but poursuivi par le juge. Son intervention dans la lutte contre les clauses abusives a pour finalité de protéger d'abord le consommateur ensuite les intérêts des parties. C'est pourquoi, le juge n'a pas subordonné le réputé non écrit à la nullité quand bien même la clause illicite renferme la substance essentielle du contrat. Le juge de l'UE a à cet effet trouvé une solution relative à la sauvegarde d'une clause abusive comportant la substance essentielle du contrat. Au lieu de supprimer en bloc la clause abusive en privant le contrat de ses obligations essentielles, il préfère assainir la clause abusive en le débarrassant de son élément abusif dès lors qu'il est possible de les dissocier. En cas

d'impossibilité de séparation entre la clause et l'élément abusif, le juge propose la substitution de la clause abusive par une disposition supplétive de droit national.

**396.** Finalement nul ne peut remettre en cause l'importance du pouvoir judiciaire dans la lutte contre les clauses abusives. Son pouvoir n'a pas été accueilli de sitôt par le législateur à cause de la méfiance qu'il avait vis-à-vis du juge considéré comme arbitre. Néanmoins, le juge n'était pas resté trop longtemps à l'écart des clauses abusives. Il a eu au fil du temps à combattre des clauses illicites.

## **CHAPITRE 2. L'EVOLUTION JURISPRUDENTIELLE DE LA LUTTE CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES**

- 397.** L'apparition des contrats d'adhésion dans les années 70 a obligé l'Etat à élaborer de nouveaux projets visant l'encadrement de ces contrats, soit la protection des consommateurs contre l'abus de puissance économique. Dans cette situation contractuelle, est également né un nouveau défi pour le juge de se lancer dans de nouvelles aventures.
- 398.** Au Sénégal, le consumérisme ou droit des consommateurs est à l'état embryonnaire. La protection du consommateur est uniquement assurée par les textes relatifs à la théorie générale des obligations et aux dispositions éparses contenues dans le Code des obligations civiles et commerciales relatives à la vente des biens et services pouvant être interprétées comme des règles applicables aux clauses abusives. En outre, le droit prospectif OHADA relatif à la codification d'un droit commun des contrats envisage des dispositions relatives à la lutte contre les clauses abusives.
- 399.** En France, une loi a été édictée en ce sens, la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services dont le chapitre IV vise à protéger les consommateurs contre les clauses abusives.
- 400.** En effet, l'édiction de nouvelles règles d'application des contrats d'adhésion devrait reprendre la structure du Code civil de 1804 à savoir imposer de nouveaux principes contractuels et de prévenir des sanctions à leur manquement afin d'assurer la continuité et l'homogénéité des dispositions contractuelles. Ce fut le cas pour les principes mais les sanctions prévues en l'espèce n'érigent pas le juge au rang des acteurs compétents, à l'instar de ce qui a été prévu pour les autres contrats.
- 401.** La protection des consommateurs ou des non-professionnels n'était pas du domaine judiciaire. Le législateur avait confié cette protection au pouvoir réglementaire pour diverses raisons. Le législateur avait une certaine méfiance vis-à-vis du juge qu'il considérait comme arbitraire, l'insécurité juridique des décisions jurisprudentielles du fait de leurs divergences. Pour le législateur, l'ingérence du juge dans le contrat risquerait d'entraîner la stabilité des prestations contractuelles car le juge avait un véritable pouvoir d'immixtion.

C'est pourquoi, le juge ne faisait pas figure d'acteur compétent pour lutter contre les clauses abusives. En effet, le législateur à travers la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relative à la protection des consommateurs conférait au règlement le pouvoir d'appréciation des clauses abusives, soit la protection des consommateurs ou des non-professionnels contre ces clauses. Les décrets pris en ce sens en Conseil d'Etat, excluaient alors le juge de tout ce qui se rapportait à la sanction des clauses abusives (**Section 1**).

Dès lors, ce pouvoir de sanction des clauses abusives devenait un parcours du combattant pour le juge qui s'était vu officiellement dans un premier temps refuser le pouvoir de connaître le caractère abusif d'une clause. Théoriquement, il n'avait pas les compétences de sanctionner une clause abusive présente dans un contrat d'adhésion. En effet, les clauses abusives listées par le pouvoir réglementaire ne faisaient pas l'objet de contrôle judiciaire. Mais sur le plan pratique, le juge qui a pour mission d'assurer la justice contractuelle ne se retenait pas de dénoncer le déséquilibre significatif causé par les clauses abusives, en l'occurrence les clauses qui ne figuraient pas dans la liste établie par décret. Par touche successive, le juge s'octroie un pouvoir de contrôle des clauses abusives qui lui est finalement attribué dans un second temps par le législateur à travers l'ordonnance du 10 février 2016 relative à la réforme du droit commun des contrats (**Section 2**).

### **Section 1. L'origine réglementaire de l'appréciation du caractère abusif d'une clause**

**402.** Les contrats d'adhésion ont fait l'objet d'encadrement spécifique qui est relatif aux clauses abusives qu'ils sont susceptibles de contenir. En France, la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relative à la protection et à l'information des consommateurs de produits et services dont le chapitre IV vise la protection des consommateurs contre les clauses abusives, définit les acteurs de lutte contre les clauses abusives (§ 1). En droit sénégalais, les dispositions applicables aux clauses abusives sont immergées dans le Code des obligations civiles et commerciales tandis que dans le futur projet du droit OHADA relatif au droit commun des contrats, des dispositions spécifiques ont été envisagées en l'espèce (§ 2).

#### ***§ 1. Les acteurs de lutte contre les clauses abusives sur le fondement des dispositions de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relatives à la protection des consommateurs***

**403.** Lors de son adoption, la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relative à la protection des consommateurs contre les clauses abusives conférait au pouvoir réglementaire une

compétence exclusive pour déterminer les clauses abusives (**B**). Cette loi a également institué la commission des clauses abusives qui a pour mission d'émettre des avis ou des recommandations pouvant limiter ou interdire les clauses abusives (**A**).

#### **A. La commission des clauses abusives**

**404.** La commission des clauses abusives a été créée par les articles 35, 37 et 38 de la loi n° 23-78 du 10 janvier 1978 dont le chapitre IV est relatif à la protection des consommateurs contre les clauses abusives. Cette commission qui est composée de magistrats, de représentants de professionnels et de consommateurs, de directeurs d'administration a pour mission de donner des avis sur les projets de décret qui peuvent lui être transmis par le ministre chargé de la consommation. Aux termes de l'article 35 de cette loi, ces projets de décret ont pour objet « d'interdire, de limiter ou de réglementer certaines clauses considérées comme abusives ».

**405.** Ainsi, l'avis de la commission consiste à examiner la portée des différentes dispositions qui figuraient dans le projet. Sur le fondement des avis émis par la commission, le premier avis porte sur le décret du 24 mars 1978 visant à interdire 4 clauses abusives :

La première clause examinée par la commission est la « clause ayant pour objet ou pour effet d'attester que le non-professionnel ou consommateur a eu connaissance de stipulations contractuelles qui ne figurent pas sur l'écrit qu'il signe »<sup>200</sup>. En effet, le consommateur ne peut valablement s'engager à conclure dès lors qu'il a eu connaissance de toutes les stipulations contractuelles. Si les parties ont eu connaissance des stipulations qu'elles consentent, rien ne peut remettre en cause la validité de leur contrat. Toutefois, le décret vise ici les contrats écrits et oblige à tout professionnel de mentionner tous les termes du contrat par écrit. Il est plus évident pour le consommateur de souscrire à un contrat dont les stipulations sont écrites. Rien ne garantit que la présomption de connaissance des termes non écrits vaudrait consentement. En outre, la dissimulation d'informations constitue une réticence dolosive au sens de l'article 1137 al. 2 du Code civil.

La deuxième clause examinée est « celle selon laquelle le prix du bien livré ou du service rendu est déterminable par référence à un élément qui n'est pas indépendant de la volonté du

---

<sup>200</sup> Décret n° 78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services.

professionnel »<sup>201</sup>. La détermination du prix est essentielle pour l'accord des parties. Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, si le prix est déjà fixé de façon unilatérale, il est recommandé qu'il soit déterminable. Encore faut-il que le professionnel ne détermine pas le prix en relation avec les éléments qui dépendent de sa seule volonté ou alors qu'il le fixe ou le modifie ultérieurement en totale discrétion.

La troisième clause examinée est la « clause permettant au professionnel de déterminer unilatéralement la conformité aux engagements qu'il a pris du bien à livrer ou du service à rendre »<sup>202</sup>. Toute clause qui permettrait à un professionnel de déterminer ou de modifier lui-même arbitrairement l'objet de sa prestation est considéré comme abusive. Les stipulations qui réservent le droit au professionnel de décider unilatéralement si le bien livré est ou non conforme au contrat est nulle.

La quatrième clause examinée est la « clause ayant pour objet ou pour effet de priver le non-professionnel ou consommateur de ses droits à réparation, en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de tout ou partie des obligations du professionnel »<sup>203</sup>. Ce sont les clauses qui ont pour exemple pour effet de faire « renoncer au contractant à agir en justice en vue d'obtenir réparation d'un préjudice subi ; renoncer à tous les dommages et intérêts en cas de retard dans la livraison ou à tous les dommages et intérêts en réparation des vices de la chose vendue ; ou encore renoncer à tous dommages et intérêts en cas d'annulation ou de modification unilatérale du contrat par le professionnel »<sup>204</sup>.

**406.** Toutes ces clauses mentionnées dans l'article 1<sup>er</sup> du projet de décret sont réputées non écrites par application des dispositions de l'article 35 alinéa 2 du projet<sup>205</sup>.

Outre les avis, la commission cherche dans les modèles de contrats habituellement proposés par des professionnels aux consommateurs ou non-professionnels les clauses qui peuvent présenter un caractère abusif sur le fondement de l'article 37 de la loi du 10 janvier 1978. Si elle découvre que les clauses sont abusives, elle émet des recommandations qui peuvent être rendues publiques par le ministère de la consommation, tendant la suppression ou la modification des clauses aux termes de l'article 38 de cette loi. Elle peut être saisie en l'espèce par le ministre chargé de la consommation, par des organisations agréées de consommateurs et par elle-même

---

<sup>201</sup> *Ibid.*

<sup>202</sup> *Ibid.*

<sup>203</sup> *Ibid.*

<sup>204</sup> COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES, « Rapport d'activité pour l'année 1978 », s.d., disponible sur [http://www.clauses-abusives.fr/rapport\\_activite/1978/](http://www.clauses-abusives.fr/rapport_activite/1978/).

<sup>205</sup> *Ibid.*

407. Cinq recommandations ont fait l'objet d'étude par la commission qui a procédé dans cinq catégories de contrat.

La première recommandation porte sur l'étude des contrats de garantie. La recommandation a pour objet « d'informer le consommateur sur le caractère impératif de la garantie légale prévue par le code civil et de demander l'élimination des contrats d'une dizaine de clauses dont la plupart sont d'ores et déjà déclarées nulles par la jurisprudence ou interdites par l'article 2 du décret du 24 mars 1978 pris en application du chapitre IV de la loi du 10 janvier 1978 »<sup>206</sup>.

La deuxième recommandation porte sur l'étude des contrats proposés par les organisations et agences matrimoniales. Dans les modèles de contrats qui lui ont été soumis, la commission a relevé les abus suivants concernant : « la nature des prestations. De simples ventes de listes de noms se dissimulent souvent derrière le courtage matrimonial ; la détermination et les modalités de paiement du prix. Il est anormal de conditionner le début des prestations au paiement intégral du prix. Le prix n'est pas fixé en fonction du résultat ; la durée du contrat, généralement limitée et indépendante du résultat ; la résiliation du contrat. L'agence se réserve à cet égard tout droit à n'importe quel moment ; les litiges éventuels. L'agence sous le couvert du conseil d'un syndicat dont elle est le seul représentant, tranche des litiges ; les clauses pénales ; les clauses attributives de compétence »<sup>207</sup>.

La troisième recommandation porte sur l'étude d'une clause insérée dans un contrat de vente immobilière. Elle considère comme abusive la clause par laquelle l'acquéreur d'un terrain renonce à tout recours en cas de différence entre la superficie réelle et la superficie annoncée. Elle émet à cet effet une recommandation tendant à l'élimination de cette clause.

La quatrième recommandation vise l'étude des clauses insérées dans les contrats de location d'emplacements destinés à l'affichage publicitaire. En l'espèce, elle condamne le fait que le bailleur n'ait pas la pleine utilisation du terrain sur lequel repose l'emplacement publicitaire ; ou que le preneur apprécie seul le respect des obligations ou qu'il puisse résilier ou suspendre le contrat s'il estime unilatéralement que l'emplacement a perdu sa valeur publicitaire ; ou encore que le bailleur soit obligé de rehausser les panneaux qui sont cachés par des travaux dont il n'a pas pris l'initiative<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> *Ibid.*

<sup>207</sup> Commission des clauses abusives, « Rapport d'activité pour l'année 1978 », *op. cit.*

<sup>208</sup> *Ibid.*

La cinquième recommandation porte sur l'étude des clauses concernant les recours en justice. Ce sont souvent les clauses qui suppriment ou réduisent la possibilité pour le consommateur d'agir en justice. Peuvent être citées parmi elles par exemple les clauses par lesquelles le consommateur renonce à agir en justice, s'oblige à soumettre à un arbitrage un litige éventuel ou se voit imposer certaines démarches préalables, les clauses qui fixent un délai de prescription pour agir en justice, celles qui dérogent aux règles de compétence territoriale et d'attribution ou encore les clauses qui mettent à la charge des consommateurs des frais de recouvrement et les clauses qui dispensent le professionnel de formalités prévues par la loi. La recommandation émise par la commission au regard de ces clauses vise à leur élimination.

**408.** En ce qui concerne la sanction de ces clauses, la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relative à la protection des consommateurs contre les clauses abusives, prévoit la nullité de celles-ci. Toutefois, cette sanction n'est pas suffisante. La loi prévoit une sanction plus dissuasive pour que les clauses abusives disparaissent. C'est la sanction pénale condamnant les professionnels qui inséreraient dans les contrats proposés aux non-professionnels ou consommateurs une clause interdite par décret pris en application de l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978. Le but de la sanction pénale n'est pas de réprimer le professionnel mais plutôt de le dissuader. Elle a un objectif qui vise à inciter les professionnels sans les réprimer à supprimer les clauses abusives des contrats qu'ils offrent.

**409.** Les clauses abusives peuvent être interdites par recommandation ou par décret. Deux procédures s'organisent ainsi autour de la lutte contre les clauses abusives : par recommandation de la commission des clauses abusives ou par décret par le pouvoir réglementaire, pris après avis de la commission des clauses abusives.

## **B. Le pouvoir réglementaire**

**410.** La loi conférait le pouvoir de détermination des clauses abusives au pouvoir réglementaire pour trois raisons :

**411.** D'abord, le législateur éprouvait une certaine méfiance à l'égard du juge notamment de son pouvoir d'immixtion dans le contrat considéré comme arbitraire. Si le juge devait intervenir dans le contrat, sa mission devrait se limiter au contrôle des formes de validité de celui-ci. L'exclusion du juge consistait pour le législateur à protéger le principe de la force



obligatoire. Son intervention était considérée comme perturbant à la stabilité du contrat à savoir la modification des prévisions des contractants<sup>209</sup>.

Ensuite, l'intervention du juge pouvait créer une insécurité juridique pour les agents économiques. En effet, en confiant au juge le pouvoir de détermination des clauses abusives, les divergences d'appréciation entre les juridictions pouvaient instaurer un climat d'insécurité juridique des contrats, tant que la notion d'abus est subjective, ce qui peut conduire à l'instabilité juridique des contrats<sup>210</sup>.

Enfin, le souci de protéger les consommateurs contre les clauses abusives nécessite une certaine efficacité sauf à savoir que le processus de formation de la jurisprudence est lent<sup>211</sup>. En effet, l'action en nullité d'une clause abusive ne se prescrit pas et elle se fait d'une manière automatique à la demande d'une partie. L'efficacité de la protection du consommateur des clauses abusives nécessite ainsi l'intervention de solutions rapides et quoi de mieux que de confier cette tâche au pouvoir réglementaire.

**412.** Voici les raisons qui expliquent l'exclusion du juge en matière de clauses abusives et l'attribution de la compétence au pouvoir réglementaire la détermination des clauses abusives. Ce pouvoir lui avait été conféré par décret par la loi du 10 janvier 1978.

**413.** La loi de 1978 relative à la protection des consommateurs contre les clauses abusives conférait au seul pouvoir réglementaire le pouvoir de déterminer quelles étaient les clauses présentant un caractère abusif par le biais de décret pris en Conseil d'Etat après avis de la commission des clauses abusives. A l'issue de la réunion de la commission des clauses abusives, un décret a été pris le 24 mars 1978 qui reprend une liste de deux clauses abusives considérées comme interdites. Toutefois, il est important de préciser que les avis de la commission ne lient pas le pouvoir réglementaire. Il n'est pas obligé de s'en tenir car ce ne sont que de simples avis. Les recommandations de la commission étaient également dépourvues de force obligatoire. Leur publication est éventuelle notamment lorsque le ministère chargé de la consommation peut décider, s'il le veut ou pas de les rendre publiques.

---

<sup>209</sup> Aurélien BAMDE, « Les acteurs de la lutte contre les clauses abusives: juge, associations de consommateurs, commission des clauses abusives, pouvoir réglementaire », 25 mai 2017, disponible sur <https://aurelienbamde.com>.

<sup>210</sup> *Ibid.*

<sup>211</sup> *Ibid.*

**414.** Ainsi, le décret du 24 mars 1978 fut le premier décret pris par le pouvoir réglementaire qui visait principalement deux clauses abusives sur une seule liste de clauses. Au sens de l'article 35 al. 1<sup>er</sup> de la loi du janvier 1978, est abusive ;

« la clause ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du non-professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations »<sup>212</sup>.

« La clause ayant pour objet ou pour effet de réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre »<sup>213</sup>.

**415.** Une autre loi qui conférait la détermination des clauses abusives au pouvoir réglementaire est la loi n° 93-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives. Elle réaffirmait la compétence du pouvoir réglementaire dans l'appréciation des clauses à caractère abusif. Au sens de l'article 1<sup>er</sup> de cette loi, « des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la commission des clauses abusives instituée à l'article L. 132-2 du Code la consommation (abrogé par l'article 34 de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, devenu article L.822-4 du Code la consommation), peuvent déterminer des types de clauses qui doivent être regardées comme abusives ». A cet effet, le pouvoir réglementaire a instauré une liste non exhaustive de clauses considérées comme abusives au sens de l'article L132-1 al. 3 devenu L212-1 du Code de la consommation depuis l'Ordonnance de 2016.

**416.** Aussi, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 relative à la modernisation de l'économie prévoit le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation, devenu L 212-1 du Code de la consommation depuis l'ordonnance de 2016. Dans ce décret, le pouvoir réglementaire a dressé deux listes de clauses abusives : une liste noire de clauses interdites ou irréfragablement abusives et une liste grise de clauses présumées abusives. Ces listes ont été codifiées respectivement aux articles R.212-1 et R.212-2 du Code la consommation par l'ordonnance de 2016.

**417.** La détermination des clauses abusives par le pouvoir réglementaire à une portée générale. Les dispositions prises par décret sont d'ordre public aucune règle ne peut y déroger. Cela rend le travail du juge moins pénible par référence aux listes de clauses déjà établies par le pouvoir réglementaire.

---

<sup>212</sup> Article 2 du décret n° 78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services

<sup>213</sup> *Ibid.*

Le domaine d'appréciation des clauses abusives est aujourd'hui étendu depuis l'intervention du juge dans la protection des consommateurs contre les clauses abusives. Les acteurs de lutte sont de plus en plus nombreux pour garantir l'efficacité de la protection du consommateur.

**§ 2. L'existence de dispositions légales de lutte contre les clauses abusive dans le droit sénégalais**

**418.** En droit sénégalais, en l'absence d'un Code de la consommation, les dispositions relatives à la vente de biens et services peuvent être regardées comme applicables aux clauses abusives. En effet, les règles concernant la protection du consommateur contre la cybercriminalité, contre les risques pour la santé et la sécurité du consommateur et la protection des intérêts des consommateurs, peuvent également être interprétées comme applicables aux relations entre professionnels et consommateurs notamment contre les clauses abusives (A). Par ailleurs, le droit OHADA a proposé un projet d'un futur Acte uniforme portant droit général des obligations qui prévoit des dispositions relatives à la protection des consommateurs contre les clauses dans les contrats d'adhésion (B).

**A. L'immersion de dispositions légales de lutte contre les clauses abusives *de lege lata* dans le droit sénégalais**

**419.** Le droit de la consommation devrait naître de la volonté d'assurer au consommateur face au professionnel une protection que le droit commun des contrats ne paraît pas lui assurer suffisamment<sup>214</sup>. L'absence d'un Code de la consommation au Sénégal s'explique par la quasi-inexistence de la notion de consommateur dans le droit sénégalais. Le statut de consommateur n'a pas été pris en charge en droit sénégalais pour qu'il ait un socle juridique sur lequel s'édifie la construction législative et jurisprudentielle d'élimination des clauses abusives. Cette notion a été définie brièvement par la loi de de 2008 sur les transactions électroniques sans y attacher un contenu. Sa définition n'a pas été étudiée en profondeur. La notion de consommateur est une notion récente en droit sénégalais, développée par la doctrine en s'appuyant sur des définitions légales déjà données par le droit OHADA ou par le droit français, depuis l'apparition des transactions électroniques. Plusieurs raisons expliquent cette situation.

---

<sup>214</sup> Nathalie RZEPECKI, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat ». PUAM, 2002, disponible sur <<http://books.openedition.org/puam/479>>.

**420.** D'abord la notion de « consommateur » est souvent confondue à celui de « l'usager » qui est une personne bénéficiant d'un service public qui n'achète pas toujours le service rendu par ce dernier. Le consommateur quant à lui est un client qui achète chez un particulier ou un professionnel. C'est en effet un agent économique qui contracte avec une entreprise privée pour ses besoins personnels. D'où la nécessité de le protéger contre l'abus de puissance économique du professionnel.

Ensuite, le consommateur sénégalais fait face à une économie qui est fortement dominée par l'informel. Un secteur qui est en totale méconnaissance des règles de protection des consommateurs. Dans un pays où sévit la pauvreté, ce secteur qui domine largement l'économie du pays avec un tarif/coût très bas incitant le consommateur à contracter, est responsable de la prolifération des clauses abusives et de leur totale impunité. Au regard de leur rareté du fait notamment de l'isolement et du manque d'éducation juridique du consommateur sénégalais dans la grande majorité, de nombreux contrats sont exécutés malgré l'existence de clauses abusives<sup>215</sup>.

**421.** Le consommateur sénégalais doit être encadré dans les contrats qu'il passe avec les professionnels en y exigeant sa protection.

Il existe des dispositions légales qui protègent les consommateurs dans le maillage juridique sénégalais mais demeurent assez insuffisantes pour protéger le consommateur. Néanmoins, ces dispositions bien qu'insuffisantes apportent des solutions qui visent la protection des consommateurs vis-à-vis des professionnels dans le cadre d'un droit qui est en pleine reconstruction.

**422.** Dans le Code des obligations civiles et commerciales, les dispositions relatives aux contrats translatifs de propriété demeurent applicables aux relations entre professionnels et consommateurs concernant les clauses abusives. S'y trouvent naturellement les articles 358 al. 1 sur la clause de résolution de plein droit, nullité, qui stipule que « toute clause de résolution de plein droit du contrat pour non-paiement d'une ou plusieurs échéances est réputée non écrite » et 366 al. 2 sur les effets de la résiliation qui déclare que « toute convention qui imposerait à l'acquéreur des obligations plus onéreuses est réputée non écrite ». Ces dispositions font écho aux articles R.212-1 et R.212-2 du Code de la consommation français qui interdisent les clauses prévoyant un droit de rupture unilatéral pour le professionnel sans

---

<sup>215</sup> Paul-Gérard POUGOUÉ, « Les clauses abusives », *Encyclopédie du droit OHADA*, 2001, n° 410, p. 131.

reconnaître ce même droit au consommateur ou encore les clauses qui imposent au consommateur des obligations plus rigoureuses mais qui déresponsabilisent le professionnel, voire diminuer ou exclure ses responsabilités.

**423.** En dehors des dispositions du Code des obligations civiles et commerciales, les lois sur la consommation au Sénégal contiennent elles aussi des dispositions relatives à la protection des consommateurs. Même si ces dispositions ne font pas référence spécifiquement à la lutte contre les clauses abusives, les principes qu'ils dégagent relèvent de la protection générale du consommateur et par extension applicables aux clauses abusives. Il en va ainsi de :

**424.** La loi n° 94-63 du 22 août 1994 sur la concurrence, les prix et sur le contentieux qui institue l'obligation de loyauté vis-à-vis du consommateur afin de garantir son pouvoir et sa liberté de choix entre les services et produits qui lui sont offerts.

Pour mémoire, le devoir de loyauté consiste pour le professionnel qui cherche à imposer sa volonté au consommateur d'être transparent et honnête. Par conséquent, un devoir d'information et surtout de bonne foi pèse sur lui sur la base de la confiance légitime qu'a le consommateur à son égard. En se basant sur ce texte, le consommateur sénégalais peut bénéficier par extension d'une protection contre les clauses abusives.

**425.** La loi n° 2008-11 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques et le décret n° 2008-718 du 30 juin 2008 relatif au commerce électronique qui édictent les dispositions impératives que le professionnel est tenu de respecter dans ses rapports avec les consommateurs. Avec cette loi, se dessinent les contours d'un droit de la consommation capable de protéger les consommateurs. Par exemple la loi sur la cybercriminalité prévoit une sanction pénale pour tout professionnel qui méconnaît ces dispositions impératives. En outre, l'article 12 al. 2-1 de la loi de 2008 sur les transactions électroniques protège le consommateur contre la puissance du professionnel notamment avec les lois qui privent le consommateur de liberté, les lois qui lui sont imposées ou encore les lois qui le désavantageraient.

**426.** La protection des consommateurs au Sénégal nécessite des dispositions spécifiques pour garantir l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives. Les règles de protection des consommateurs demeurent largement insuffisantes. C'est pourquoi, se pose avec acuité la

question du toilettage du droit commun des contrats sénégalais et surtout du Code des obligations civiles et commerciales datant des indépendances qui n'est plus vraiment adapté aux réalités économiques actuelles du Sénégal<sup>216</sup>.

427. Dans l'attente d'un droit de la consommation sénégalais, les espoirs se tournent vers le droit communautaire OHADA qui a prévu un projet d'un futur Acte uniforme sur le droit commun des contrats qui envisage explicitement des dispositions relatives à la protection des consommateurs contre les clauses abusives.

428. *Une petite mise à jour : après avoir rédigé ma thèse, une loi sur la protection des consommateurs au Sénégal a été adoptée. J'ai donc jugé nécessaire de l'introduire brièvement dans cette étude.*

Il s'agit de la loi n° 2021-25 du 12 avril 2021 relative aux prix et à la protection du consommateur qui abroge partiellement la loi n°94-63 précédemment citée et qui vient renforcer le protection du consommateur<sup>217</sup>.

Huit innovations ont été consacrées par cette loi. Il s'agit de

« la définition des termes techniques ; l'élargissement du droit à l'information du consommateur ; l'identification et la répression des clauses abusives ; la réglementation des pratiques commerciales nouvelles ; la consolidation du dispositif de sanctions ; le renforcement des pouvoirs d'investigation des agents chargés de la mise en œuvre de la loi ; l'habilitation des associations de consommateurs agréées à ester en justice pour la défense des intérêts collectifs ;

la réforme du conseil national de la consommation et l'institution d'un observatoire national des clauses abusives »<sup>218</sup>.

En outre, elle consacre deux organes consultatifs de protection du consommateur à savoir un Conseil national de la consommation (CNC) et un Observatoire national de la concurrence (ONCA)<sup>219</sup>.

Cette loi a but de définir les règles applicables aux professionnels dans le cadre de l'exercice de leurs activités ainsi que les professionnels et les consommateurs et aussi

---

<sup>216</sup> Thomas DIATTA « Articles la protection des consommateurs par le code des obligations civiles et commerciales, », s.d., disponibles sur [https://www.editions-harmattan.fr/index\\_harmattan.asp?navig=catalogue&obj=article&no=32935](https://www.editions-harmattan.fr/index_harmattan.asp?navig=catalogue&obj=article&no=32935).

<sup>217</sup> Nziengui Alioune MBOUP, « Le renforcement du dispositif de protection du consommateur par l'adoption de la loi n° 2021-25 du 12 avril 2021 », *Village de la justice*, 2022.

<sup>218</sup> Loi n° 2021-25 du 12 avril 2021 relative aux prix et à la protection du consommateur

<sup>219</sup> *Ibid.*

les règles relatives aux prix, qui sont destinées à assurer la transparence et la loyauté des transactions commerciales<sup>220</sup>. En somme, elle assure l'effectivité de la protection du consommateur.

## **B. L'émergence de dispositions légales de lutte contre les clauses abusives *de lege ferenda* dans le droit prospectif de l'OHADA**

**429.** Visant l'uniformisation du droit des affaires en Afrique, le droit OHADA couvre une frange importante du droit des contrats sénégalais. Le futur Acte uniforme sur le droit commun des contrats prévu par le projet du droit OHADA envisage des dispositions qui offrent une protection aux consommateurs contre les clauses abusives dans les contrats qui leur sont proposés par les professionnels. Mais avant ce projet, le législateur OHADA avait déjà pris en compte la notion du consommateur définie à l'article 203 de l'Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général comme « toute personne qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ».

**430.** La volonté du législateur OHADA de définir la notion de consommateur dans l'AUDCG suscite l'envie de lui protéger contre l'abus de puissance économique du professionnel.

C'est pourquoi, en l'absence d'un droit de la consommation dans certains Etats membres, les législateurs consuméristes de l'OHADA n'ignorent pas la question de la réglementation des clauses abusives. Le consommateur africain qui est donc en manque d'éducation juridique exécute les contrats quand bien même ils contiennent des clauses abusives. En effet, au regard de leur nature et de leurs conséquences, « le consommateur se trouve moins protégé quant à ses droits ou plus écrasé quant à ses obligations »<sup>221</sup>. Ceci aboutit soit à une exécution contractuelle plus coûteuse pour lui, soit moins satisfaisante dans l'ensemble, avec un bénéfice contractuel global plus marqué pour le professionnel, assorti d'une responsabilité contractuelle limitée voire supprimée<sup>222</sup>.

Ainsi, il faut alors purger les contrats d'adhésion et casser avec ce modèle afin de réglementer la protection des consommateurs contre les clauses abusives. A cet effet, une première tentative de réglementation avait vu le jour en 2001 avec un avant-projet d'Acte uniforme

---

<sup>220</sup> Nziengui Alioune MBOUP, *op. cit.*

<sup>221</sup> Paul-Gérard POUGOUÉ, « Les clauses abusives », *op. cit.*, p. 408.

<sup>222</sup> *Ibid.*

portant droit sur le contrat de consommation. Des dispositions de lutte contre les clauses ont été prévues dans l'avant-projet de l'AUCC aux articles 50 et suivants.

**431.** De la lettre de l'article 138, le consommateur est défini comme « la personne physique qui se procure, reçoit ou utilise un produit ou un service principalement pour son usage personnel, familial ou domestique ».

L'article 50 définit la notion de clause abusive comme « la clause qui a pour objet ou pour effet de créer au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties », faisant écho à l'article 1171 du Code civil français ;

L'article 51 avait retenu vingt-huit clauses abusives (qu'il serait peu pratique de reporter en intégralité ici) ; et l'article 55 qui les répute non écrites.

**432.** Toutefois, cet avant-projet de 2005 en est resté à ce stade et n'a jamais vu le jour. Il est resté lettre morte. Quelle a été la raison de cette crise de normativité dans la protection du consommateur OHADA ?

**433.** La question de l'échec d'une tentative de codification d'un droit de la consommation OHADA est multidimensionnelle. Il y a d'abord la question de la variété des législations consuméristes des Etats membres. Ce foisonnement législatif est un frein à l'harmonisation des règles de droit applicables au contrat de consommation telle que voulue par l'OHADA<sup>223</sup>. La concurrence normative des législations nationales ne favorise pas l'harmonisation du droit et cela renvoie à la seconde question qui est relative à la légitimité du droit sur la protection des consommateurs en Afrique. L'OHADA est-elle une organisation habilitée à connaître du droit de la consommation<sup>224</sup> ?

**434.** La deuxième tentative de codification d'un droit commun des contrats devrait être éclairante sur la question de la légitimité du législateur OHADA à protéger le consommateur contre les clauses abusives.

En 2015, un projet d'Acte Uniforme du droit OHADA portant droit général des obligations a vu le jour mais ce projet est encore à l'état embryonnaire. Riche en innovation d'après l'analyse des dispositions qu'il contient, il est dans l'espoir de voir émerger un droit commun

---

<sup>223</sup> Qowiyou FASSASSI, « La crise de normativité dans la protection du consommateur OHADA », article publié à l'Université d'Abomey-Calavi au Bénin, 2020, p. 11.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 7.



des contrats capable de remédier à l'enlisement des projets du OHADA sur de textes relatifs à la protection du consommateur dans l'espace OHADA.

**435.** Ainsi, de la lettre de l'article 113 du futur Acte uniforme portant droit général des obligations, il ressort que les clauses abusives ont été prises en charge par ce texte. En effet, il déclare que « la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée ».

**436.** L'examen de cette clause révèle que la définition de la notion de clause abusive est incomplète et que les mesures de sanction doivent être précisées. D'abord, le législateur ne précise pas quel déséquilibre est sanctionné : s'agit-il du déséquilibre des prestations ou de celui des droits et des obligations des parties. Il est resté silencieux à ce sujet. Ensuite, la clause qui se révèle abusive peut faire l'objet de nullité mais aussi être révisée. Ce terme « réviser » la clause abusive me semble intrusif. Il n'a pas à mon avis sa place ici car une clause abusive est censée n'avoir jamais existée, donc réputée non écrite. A moins que réviser la clause abusive revienne à reprendre cette clause et de le détacher de son élément abusif, si c'est bien ce que le législateur voulait dire. Enfin, qui apprécie le caractère abusif de la clause ? Le juge ? Son pouvoir d'appréciation est sous-entendu mais il faut peut-être attendre l'entrée en vigueur de ce projet pour avoir un éclaircissement.

**437.** En l'absence de textes spécifiques au Sénégal, le fonctionnement de la sanction des clauses abusives s'y fait suivant les lignes directrices des dispositions du Code des obligations civiles et commerciales qui traitent brièvement de la sanction des clauses abusives. En droit OHADA, la concurrence des sources normatives connexes et le foisonnement des dispositions législatives nationales tendent à annihiler l'ambition de protection du consommateur. En tout état de cause, il n'est pas superfétatoire d'inférer que l'ombre d'un enlisement plane sur les projets de textes relatifs à la protection des consommateurs<sup>225</sup>.

**438.** Il n'est pas anodin de constater que le consommateur est plus protégé en France qu'au Sénégal. Il y a un énorme décalage entre les deux pays concernant la protection des consommateurs. En droit sénégalais, plus spécifiquement en droit OHADA, l'adoption d'une

---

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 9.

kyrielle de textes qui s'enlisent, au mépris d'un projet d'Acte uniforme sur le droit de la consommation empêche la protection des consommateurs. Pendant ce temps, en France, la jurisprudence a fait d'énormes progrès sur la protection des consommateurs contre les clauses abusives.

## **Section 2. L'origine jurisprudentielle de la détermination des clauses abusives**

**439.** Privés par le législateur de la possibilité d'apprécier le caractère abusif d'une clause, les juges se sont rapidement affranchis de cette interdiction<sup>226</sup>. Cette création prétorienne s'est opérée par touches successives. La Cour de cassation a admis ce pouvoir « d'abord par allusion, ensuite implicitement, enfin explicitement<sup>227</sup>. Jusqu'alors la détermination des clauses abusives est conférée au pouvoir réglementaire qui a établi deux listes de clauses abusives<sup>228</sup>. Une liste contenant des clauses dites interdites et une autre qui contient des clauses présumées abusives.

**440.** La codification d'une liste de clauses abusives par le décret du 24 mars 1978 ne protège pas les consommateurs de la présence des clauses abusives. Dix ans après le décret du 24 mars 1978, de nombreuses clauses continuent de figurer dans les contrats proposés par les professionnels aux consommateurs. Même si le rôle de la commission des clauses abusives et du pouvoir réglementaire est loin d'être négligeable, force est de constater que ces derniers n'ont pas été actifs en ce domaine. Aussi le juge s'est penché sur la question lancinante de savoir si la Cour de cassation peut apprécier les clauses qui ne figurent pas sur la liste établie par le pouvoir réglementaire.

**441.** Dans un premier temps, la Cour répond en affirmant dans plusieurs décisions judiciaires que toutes les clauses abusives qui ne figurent pas sur la liste établie par décret en Conseil d'Etat sont soumises à l'appréciation du juge (§ 1). Dans un second temps, le législateur intervient en consacrant d'abord les décisions rendues par la Cour ensuite reconnaît au pouvoir judiciaire la détermination de toute clause abusive, qu'elle soit ou non confinée sur une liste (§ 2).

---

<sup>226</sup> Aurélien BAMDE, « Les acteurs de la lutte contre les clauses abusives », *op. cit.*

<sup>227</sup> François TERRE, « Clauses abusives. Interdiction. Pouvoir du juge », *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 2008, p. 136.

<sup>228</sup> *Ibid.*

**§ 1. La démarche progressiste du juge vers une appréciation du caractère abusif d'une clause.**

**442.** L'affirmation de la Cour de cassation du pouvoir de détermination des clauses abusives s'est concrétisée par un arrêt du 16 juillet 1987. Dans cette décision, la Cour reconnaît pour la première fois au juge du fond l'appréciation du caractère abusif d'une clause en sanctionnant la Cour d'appel qui ne la désignait pas comme telle (A). Quatre années plus tard, la Cour revient dans une autre décision du 14 mai 1991 qui, non seulement confirme la jurisprudence de 1987 mais également marque un tournant décisif en prévoyant une sanction pour ses clauses jugées abusives (B).

**A. La jurisprudence du 16 juillet 1987 relative à l'appréciation des clauses jugées abusives non listées par le règlement**

**443.** Le juge s'est affranchi des mesures prises en l'encontre de ses pouvoirs de détermination des clauses abusives. Cette prise en main du juge débute par un arrêt du 16 juillet 1987 qui fut le soubassement de la jurisprudence en matière de clauses abusives.

Pour mémoire, lorsque le pouvoir réglementaire avait l'exclusivité sur la détermination des clauses abusives, le juge judiciaire disposait uniquement d'un pouvoir de constatation des clauses abusives. Il n'avait pas le droit de les déclarer abusives mais pouvait constater leur caractère abusif. Le juge n'était pas investi de ce pouvoir d'appréciation et la Cour interdisait formellement aux juges du fond de dénier effet aux dispositions abusives. Initialement, la Cour de cassation n'admettait pas la faculté pour le juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause. Mais la prolifération des clauses abusives dans les contrats proposés par les professionnels aux consommateurs pousse à la réflexion notamment sur la présence des clauses abusives non listées par le pouvoir réglementaire. A cet effet, la Cour avait émis une série d'arrêts qui hésitait sur le pouvoir à conférer au juge en matière de clauses abusives. Après plusieurs hésitations, la Cour a jeté les bases d'une première construction jurisprudentielle en matière de clauses abusives. Deux arrêts rendus la même année ont initié un changement important : l'arrêt du 28 mars 1987 et celui du 16 juillet 1987.

**444.** Dans la jurisprudence du 28 mars 1987, le juge a considéré comme « abusive une clause selon laquelle, le professionnel n'entend contractant qu'à l'égard du consommateur qu'un devoir de moyens et non de résultat et qui refuse à ce dernier le droit de demander la

résiliation ou la résolution d'un contrat en cas du manquement de la part du premier à ses obligations contractuelles, que conséquemment, cette clause doit être réputée non écrite au sens de l'article 35 du décret du 24 mars 1978 »<sup>229</sup>.

**445.** Trois mois plus tard, la Cour revient mais cette fois, sur le fondement des dispositions du Code civil, apprécie le caractère abusif d'une clause. En l'espèce, la clause invoquée par la Cour confère au professionnel un avantage excessif en lui laissant l'appréciation discrétionnaire du délai de livraison et en réduisant le droit de réparation prévu à l'article 1610 (ancien) du Code civil<sup>230</sup> au profit de l'acquéreur non professionnel en cas de manquement par le vendeur de son obligation essentielle de délivrance dans le temps convenu. En analysant tous les éléments de fait et droit, le juge en déduit que la clause crée un déséquilibre significatif au détriment du non-professionnel entre les droits et les obligations des parties et que conséquemment, cette clause devait être réputée non écrite<sup>231</sup>. Dès lors, viole ces dispositions la Cour d'appel qui ne procède pas à une telle recherche, alors qu'il résultait des éléments de fait et de droit<sup>232</sup>. La Cour a ainsi censuré la décision de la Cour d'appel qui a ignoré la clause qui avait pour effet de créer un déséquilibre significatif au détriment du consommateur entre les droits et les obligations des parties en accordant au professionnel un avantage excessif qui est celui d'apprécier de façon discrétionnaire le délai de livraison et d'autre part en réduire le droit de réparation au profit du consommateur en cas de manquement d'obligation de délivrance. Pour simplifier quelque peu l'affaire, la clause autorisait en fait au vendeur la possibilité de fixer quasi discrétionnairement la date de livraison en raison de la disproportion considérable entre le délai annoncé de deux mois et celui laissé au professionnel de cinq mois d'autre part, la clause réduisait ou supprimait le droit du consommateur à réparation en cas de dépassement du délai.

**446.** Le juge venait de franchir la limite posée par la loi et successivement a réitéré cette action plusieurs décisions de justice. Il en va ainsi de la décision du 25 janvier 1989 qui déclare qu'est « interdite comme abusive au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 la clause ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à

---

<sup>229</sup> D.J. GERVAIS ET K.H. NEUMAYER, *La notion d'œuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*, Librairie Droz, 1998. p. 274.

<sup>230</sup> Si le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur pourra, à son choix, demander la résolution de la vente, ou sa mise en possession, si le retard ne vient que du fait du vendeur.

<sup>231</sup> Cass. civ. 1, 16 juillet 1987, n° 84-17731.

<sup>232</sup> Cass. civ., 14 octobre 202, n° 19-11.758.

réparation du consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations »<sup>233</sup>.

Ces décisions jurisprudentielles marquent le début de la reprise du pouvoir judiciaire quant au contrôle du contenu contractuel. Le juge sollicite un pouvoir de détermination des clauses abusives tel que celui qui aurait dû lui être attribué par le législateur.

Si la Haute juridiction reconnaît au juge du fond le pouvoir d'apprécier le caractère abusif d'une clause à travers la jurisprudence du 16 juillet 1987, elle a poussé la limite un peu plus loin dans un autre arrêt rendu le 14 mai 1991.

### **B. La confirmation des jurisprudences du 14 mai 1991 et du 26 mai 1993 relatives à la détermination des clauses abusives**

**447.** La décision du juge a pris une autre ampleur à travers l'arrêt du 24 mai 1991. Cette jurisprudence constitue un tournant décisif dans la détermination des clauses abusives par le pouvoir judiciaire. Le juge ne comptait pas s'arrêter à la jurisprudence de 1987. Il a renforcé sa décision sur le contrôle des clauses abusives avec un pas supplémentaire, celui de sanctionner la clause abusive.

En l'espèce, « ayant relevé que la clause figurant sur le bulletin de dépôt exonérait le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives, le jugement attaqué, dont il ressort qu'une telle clause procurait un avantage excessif à la société Minit France et que celle-ci, du fait de sa position économique, se trouvait en mesure de l'imposer à sa clientèle, a décidé à bon droit que cette clause revêtait un caractère abusif et devait être réputée non écrite »<sup>234</sup>.

**448.** Cette fois, la Cour ne vise aucun texte. Elle s'est basée sur les critères de « l'octroi d'un avantage excessif » et de « abus de puissance économique », repris à l'article 35 du décret de la loi de 1978. C'est dans cette décision que la Cour de cassation a reconnu explicitement pour la première fois aux juges du fond, la plénitude de leur pouvoir d'appréciation du caractère abusif d'une clause. Par conséquent, toute clause abusive présente dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur est réputée non écrite par le

---

<sup>233</sup> Cass. civ. 1, 25 janvier 1989, n° 87-13.640, Bull. 1989 I, n° 43, p. 28.

<sup>234</sup> Cass. civ. 1, 14 mai 1991, n° 89-20.999 : arrêt commenté par Aurélien BAMDE, « Les acteurs de la lutte contre les clauses abusives : juge, associations de consommateurs, commission des clauses abusives, pouvoir réglementaire », 25 mai 2017, disponible sur <https://aurelienbamde.com>.

juge. Elle ordonne ainsi la sanction de la clause abusive : le réputé non écrit prévu à l'article 35 dudit décret. Cette jurisprudence est très remarquable dans le sens où le juge est devenu le coacteur du pouvoir réglementaire dans la détermination des clauses abusives sauf à préciser que seules les clauses qui ne faisaient pas partie de la liste de clauses prise par décret en Conseil d'Etat, relèvent du domaine judiciaire.

**449.** Une décision ultérieure vient renforcer ce « coup d'Etat » jurisprudentiel afin de fixer la position de la Haute juridiction. Dans cette décision, elle énonce la règle générale, au visa de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, que « sont réputées non écrites les clauses relatives à la charge du risque lorsqu'elles apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif »<sup>235</sup>.

**450.** La reconquête du pouvoir judiciaire en matière de clauses abusives a gagné du terrain. Ni le législateur, ni le pouvoir réglementaire ne peut dénier l'intervention du juge dans une situation où les clauses abusives ne cessent de proliférer et que la loi n'est pas révolutionnaire. La raison en est que lorsque le contrat évolue, les règles qui en sont applicables deviennent « ridicules ». En effet, le confinement des clauses abusives par décret n'empêche pas l'existence d'autres clauses abusives dans les contrats proposés par les professionnels aux consommateurs. Or, la protection des consommateurs contre l'abus de puissance économique requiert de l'efficacité. Si le législateur interdit au juge la détermination des clauses abusives mais qu'il ne peut assurer une protection efficace au consommateur contre l'abus de puissance économique, il n'est pas moyen de penser que l'intervention judiciaire constitue une insécurité juridique en l'espèce. Au contraire, son intervention renforce la protection des consommateurs battant de l'aile dans une situation où les contrats d'adhésion sont en constante mutation avec l'apparition de nouvelles clauses abusives et que les dispositions qui en sont applicables ne suffisent plus.

**451.** Le juge a ainsi mené une intervention parallèle aux côtés du pouvoir réglementaire. Le premier s'occupant des clauses qui ne font pas partie de la liste établie par décret en conseil d'Etat et le second combat les clauses retenues par les dispositions du décret de 24 mars 1978.

---

<sup>235</sup> Cass. civ. 1, 26 mai 1993, n° 92-16.327.

Cette position indéniable du juge a conduit le législateur à prendre conscience de la nécessité du pouvoir judiciaire en matière de clauses abusives en lui conférant le statut d'acteur principal de la protection des consommateurs.

## ***§ 2. La consécration légale d'un pouvoir judiciaire de détermination des clauses abusives par le législateur***

**452.** Conscient de la valeur ajoutée à la protection des consommateurs contre l'abus de puissance économique, le législateur a saisi l'opportunité lors la transposition de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 sur les clauses abusives pour consacrer le pouvoir judiciaire en matière de clauses abusives. La loi de transposition (loi du 1<sup>er</sup> février 1995) a consacré la solution retenue par la Cour de cassation dans ses arrêts du 14 mai 1991 et du 26 mai 1993 ainsi que d'autres facteurs ont conduit le législateur à prendre en compte le pouvoir judiciaire dans la détermination des clauses abusives (**A**). Lors de l'adoption de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, il a également réaffirmé ce pouvoir judiciaire aussi bien qu'à travers l'ordonnance du 12 février 2016 relative droit commun des contrats (**B**).

### **A. La consécration de la solution jurisprudentielle**

**453.** Lors de l'adoption de la loi du 1<sup>er</sup> février 1995 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, le législateur en a profité pour opérer un changement mineur. Réaffirmation du pouvoir réglementaire en matière de clauses abusives – nouvelle définition des clauses abusives – nouveau critère d'appréciation des clauses abusives : abandon des critères d'abus de puissance économique et d'avantage excessif au profit du critère de déséquilibre significatif – consécration de la solution retenue par la jurisprudence dans les arrêts du 14 mai 1991 et du 26 mai 1993.

**454.** La solution jurisprudentielle a été consacrée à l'article L.132-1 (devenu R.632-1) du Code de la consommation qui reprend une nouvelle définition des clauses abusives basée sur le critère du déséquilibre significatif. Ainsi, une clause est abusive dès lors qu'elle correspond à la définition donnée à l'article L.132-1. Il n'est donc pas nécessaire qu'elle soit visée par

décret<sup>236</sup>. Le législateur vient de consacrer implicitement le pouvoir judiciaire en matière de clauses abusives en admettant que « toute clause qui crée un déséquilibre significatif au détriment du consommateur entre les droits et les obligations des parties est réputée non écrite ». Même s'il n'a pas manifestement nommé le pouvoir du juge en la matière, le fait de préciser que « toutes les clauses qui entraînent un déséquilibre significatif » inclut aussi bien celles qui sont soumises au contrôle du juge. Par conséquent, il fait du juge un acteur compétent aux côtés du pouvoir réglementaire dans la détermination des clauses abusives.

**455.** Ainsi, soit le pouvoir du juge s'établit et la question qui se pose est celle de savoir comment il doit procéder, ce qui implique de déterminer comment opère le pouvoir judiciaire en matière de clauses abusives.

**456.** Dans un premier temps, il s'agit d'examiner l'étendue de son pouvoir qui reste spécifiquement applicable aux clauses abusives non confinées par décret. Son pouvoir ne s'opère pas de la même façon sur toutes les clauses abusives. S'agissant des clauses noires, le juge n'a aucun pouvoir d'appréciation mais peut constater le caractère abusif d'une clause. Pour les clauses grises, son pouvoir d'appréciation est réduit. La clause est présumée abusive sauf à ce que le professionnel rapporte la preuve que la clause ne présente pas de caractère abusif. S'il n'arrive pas à établir la preuve d'un non-abus, le juge déclare la clause nulle. Lorsque que la clause ne figure sur aucune liste réglementaire, le juge recouvre son plein pouvoir d'appréciation<sup>237</sup>. Il déclare la clause abusive dès lors qu'elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

**457.** Dans un second temps, il convient d'analyser le relevé d'office de la clause abusive par le juge qui ne fait pas d'ailleurs l'unanimité au sein des juridictions nationales et européennes.

La question qui fut posée est de savoir si le juge national peut-il relever d'office le caractère abusif d'une clause sans même que l'une des parties soulève le moyen. Les réponses sont divergentes à ce propos entre le juge de l'UE, le législateur et la Cour de cassation et il convient d'étudier chaque position.

**458.** Position de la CJUE :

---

<sup>236</sup> Aurélien BAMDE, « Les acteurs de la lutte contre les clauses abusives: juge, associations de consommateurs, commission des clauses abusives, pouvoir réglementaire », *op. cit.*

<sup>237</sup> *Ibid.*



Dans un arrêt du 27 juin 2000, la CJUE a condamné la position du juge national en admettant que « le juge national peut relever d'office le caractère abusif d'une clause du contrat qui lui est soumis lorsqu'il examine la recevabilité d'une demande introduite devant les juridictions nationales »<sup>238</sup>. En d'autres termes, le juge national doit disposer de la faculté de relever le caractère abusif d'une clause, quand bien même les parties n'auraient pas soulevé ce moyen. Le but de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 étant d'assurer la protection du consommateur, il s'ensuit qu'une protection effective du consommateur ne peut être atteinte que si le juge national se voit reconnaître la faculté d'apprécier d'office une telle clause.

La CJUE a réitéré sa position dans un autre arrêt du 4 octobre 2007 où cette fois-ci énonce l'applicabilité immédiate des normes communautaires et de leur supériorité aux lois nationales en admettant que « le juge national doit appliquer d'office les dispositions transposées en droit interne »<sup>239</sup>. En effet, la directive qui a pour objectif de protéger le consommateur implique que le juge national doit assumer la compétence qui lui est attribuée en vertu de cette directive qui est celle de relever d'office des dispositions du code de la consommation lorsqu'il examine la recevabilité d'une demande introduite devant les juridictions nationales.

La CJUE revint encore dans un arrêt du 26 octobre 2006 mais cette fois, durcit sa position en énonçant que « le relevé d'office du caractère abusif d'une clause n'est pas une simple faculté mais plutôt d'une obligation qui incombe au juge national »<sup>240</sup>. Jusqu'ici, la CJUE avait juste admis que le juge avait la faculté de soulever le caractère abusif d'une clause en vertu des dispositions du Code de la consommation. Mais cette faculté qui permet au juge d'avoir le privilège d'écarter sa compétence de relever d'office le caractère abusif d'une clause ne favorise pas la protection du consommateur. C'est pourquoi, la CJUE impose au juge le relevé d'office comme étant une obligation qui l'incombe mais pas une simple faculté qui lui est offerte. En effet, la directive 93/23 du 5 avril 1993 préconise que le juge doit relever d'office les dispositions nationales concernant la protection des consommateurs contre les clauses abusives.

Cette décision de la CJUE fut réaffirmée par un arrêt du 4 juin 2009 où elle déclare que « le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet et que, lorsqu'il considère

---

<sup>238</sup> CJUE, 27 juin 2000, n° C-240/98.

<sup>239</sup> CJUE, 4 octobre. 2007, n° C-429/05.

<sup>240</sup> CJUE, 26 octobre. 2006, n° C-168/05.

une telle clause comme étant abusive, il ne l'applique pas, sauf si le consommateur s'y oppose »<sup>241</sup>.

Pour faire entendre sa décision sur l'obligation de soulever d'office le caractère abusif d'une clause par le juge national, la CJUE est d'abord passée par une condamnation de celui-ci, puis réitération de sa décision et enfin durcissement de sa position qui par la suite réitérée et réaffirmée. Cette solution est entendue et retenue par la Cour de cassation.

#### 459. Position de la Cour de cassation :

Dans un premier temps, la Cour a refusé que le juge ait la faculté de soulever d'office le caractère abusif d'une clause alors même que le moyen n'a pas été soulevé par l'une des parties au litige dans un arrêt du 15 février 2000. C'est cet arrêt qui est d'ailleurs à l'origine de la condamnation du juge national par la CJUE dans son arrêt du 27 juin 2000, sur son refus de soulever le caractère abusif d'une clause. La Cour de cassation réaffirme que « la méconnaissance des exigences des textes, même d'ordre public ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger »<sup>242</sup>. Le juge a été radical sur la question en admettant que les juges du fond n'ont pas la faculté de relever d'office le caractère abusif d'une clause. Cette décision fut confirmée par les arrêts des 2 octobre 2002 et 16 mars 2004<sup>243</sup>.

Toutefois, la Cour a procédé à un revirement jurisprudentiel. Lors de l'adoption de la loi du 3 janvier 2008, le législateur avait érigé le pouvoir du juge de relever d'office une clause abusive en simple faculté, et non comme une obligation. La Cour s'est ainsi conformée d'une part à la position du législateur et d'autre part à la décision de la CJUE. Dans un arrêt du 22 février 2009, la chambre civile reconnaît au juge le pouvoir de relever d'office le caractère abusif d'une clause sans toutefois se conformer à la position de la CJUE qui est celle de reconnaître le relevé d'office comme étant une obligation qui incombe au juge mais pas une simple faculté qui lui est offerte<sup>244</sup>. La cour a en effet retenu la position du législateur sur le fait qu'il peut soulever d'office le caractère abusif d'une clause mais refuse que cette faculté lui soit imposée.

Cependant, la Cour a connu un recul quant à la faculté de relever d'office le caractère abusif d'une clause dans un arrêt rendu le 14 mai de la même année. Elle déclare que « le relevé

---

<sup>241</sup> CJCE, 4 juin 2009, n° C-243/08.

<sup>242</sup> Cass. civ. 1, 15 février 2000, n° 98-12.713.

<sup>243</sup> Deux arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation.

<sup>244</sup> Cass. civ., 22 janvier, n° 05-20.176.

d'office d'une clause abusive doit être subordonnée à la condition que les parties rapporte la preuve des faits sur la base desquels le juge est susceptible de se saisir »<sup>245</sup>. La Cour fait dépendre la possibilité du juge de relever d'office une clause abusive de la preuve, par les parties au litige, des faits justifiant que le juge puisse s'en saisir.

Finalement, la Cour a abandonné sa position pour se rallier à la jurisprudence de la CJUE où elle affirme que « le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif des clauses contractuelles invoquées par une partie dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet »<sup>246</sup>. La Cour entend dès lors adopter la solution retenue par la CJUE et déclare que le relevé d'office est une obligation qui incombe au juge national, d'abord en passant par un refus d'admettre cette compétence, puis par un revirement pour en finir par se rallier à la décision de la CJUE.

#### **460. Position du législateur :**

Lors de l'adoption de la loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, le législateur a consacré à l'article L.141-1 devenu R.632-1 du Code de la consommation. la compétence du juge à relever d'office le caractère abusif d'une clause. Toutefois, le législateur érige cette compétence en une faculté qui est offerte au juge. Il établit que le juge peut relever d'office le caractère abusif d'une clause. Il s'agit ici d'une simple faculté pour le juge de soulever d'office le caractère abusif d'une clause.

Cette disposition est cependant contraire à celle retenue par la CJUE qui énonce que le relevé d'office d'une clause abusive n'est pas une simple faculté mais plutôt une obligation qui incombe au juge national. C'est pourquoi, à l'adoption de la loi Hamon le 17 mars 2014, le législateur entend rectifier le tir en admettant que « le juge écarte d'office le caractère abusif d'une clause ». Cette règle est dorénavant codifiée aux articles R.632-1 du Code de la consommation et du Code civil depuis la réforme de 2016 sur le droit commun des contrats.

### **B. Les dispositions des articles 1171 du Code civil et L.632-1 du Code de la consommation relatives au pouvoir judiciaire de détermination des clauses abusives**

**461.** Apparues dans les contrats d'adhésion à un siècle et demi après la codification du droit commun des contrats, les clauses abusives étaient uniquement du domaine des législations

---

<sup>245</sup> Cass. civ. 2, 14 mai 2009, n° 08-14.129.

<sup>246</sup> Cass. civ. 1, 1<sup>er</sup> octobre 2014, n° 13-21.801.

spéciales comme le Code de consommation ou le Code de commerce. C'est pourquoi, lors de la réforme du Code civil en 2016, le législateur n'a pas hésité à intégrer les contrats d'adhésion afin de prendre en compte les clauses abusives qu'ils renferment. Ainsi, le Code civil leur a consacré un article aux termes duquel, « dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation »<sup>247</sup>.

**462.** L'analyse de l'article 1171 du Code civil révèle qu'il manque cruellement de détails et d'informations sur la détermination des clauses abusives. Il renferme à lui seul toutes les dispositions relatives aux clauses abusives. Contrairement au Code de la consommation qui contient tout un chapitre sur les clauses abusives, l'article 1171 est le seul article dans le Code civil dédié aux clauses abusives et il en résulte que le pouvoir d'appréciation judiciaire y est implicitement rattaché.

**463.** Dès lors, comment le juge apprécie-t-il le caractère abusif d'une clause ?

En l'absence d'information dans l'article 1171 quant au cadre d'analyse du déséquilibre significatif, c'est l'article L.212-1 du Code de la consommation qui prévoit que « le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre ».

**464.** Toutefois, l'alinéa 2 de l'article 1171 du Code civil précise l'étendue de l'appréciation du caractère abusif d'une clause en admettant que « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Cette précision renvoie à l'article 1168 du Code civil qui rejette la rescision pour lésion. Il déclare que « dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité ».

**465.** Les critères d'appréciation ne sont pas non plus définis par le Code civil. Le juge apprécie le déséquilibre significatif en s'inspirant de l'article L.442-6,1, 2° du Code de

---

<sup>247</sup> Art. 1171 du Code civil.

commerce avec les critères de disproportion suivants : octroi d'avantages injustifiés ; absence de contrepartie ; défaut de réciprocité.

Quant à la sanction, la clause est réputée non écrite au sens de l'article 1171 du Code civil et il reste « applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses » poursuit l'articles 1184 du même code. Ces dispositions relatives à la sanction se retrouvent également dans l'article L.241-1 du Code de la consommation.

**466.** Le Code civil a pris en compte la notion de clause abusive mais il est à déplorer qu'aucun contenu ne lui a été laissé. Il a réellement laissé le soin aux droits spéciaux des contrats de s'en charger car l'analyse l'article 1171 révèle qu'il ne renferme que la définition de la notion de clause abusive. Ni les critères d'appréciation, ni le cadre d'appréciation n'ont été définis. C'est pourquoi, le juge dispose en l'espèce d'un pouvoir d'appréciation souveraine des clauses abusives en se basant sur ses propres critères d'appréciation ou en s'inspirant des législations spéciales. Du moment qu'il dispose des éléments de fait et de droit, le juge peut apprécier le déséquilibre significatif. Ainsi, dans une décision de la Cour de cassation, le juge a consacré une analyse du déséquilibre à l'aune du contrat pris dans sa globalité<sup>248</sup>, en vertu de laquelle, « la partie qui se voit reprocher un déséquilibre significatif peut toujours démontrer que d'autres clauses du contrat permettent de compenser ce déséquilibre »<sup>249</sup>. Ainsi, à défaut d'indication textuelle, le juge pourrait prendre appui sur cette construction prétorienne et élaborer un cadre d'analyse similaire<sup>250</sup>.

**467.** Si le Code civil a dissimulé le pouvoir judiciaire en matière de clauses abusives dans un article qui définit succinctement la notion de clause abusive, le Code de la consommation a au contraire consacré ce pouvoir dans un article qui lui est spécialement dédié à cet effet.

**468.** Ainsi, à l'adoption de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, le législateur a introduit dans le Code de la consommation un article L141-4 (abrogé) par l'article R.632-1, en vigueur depuis le 01 juillet 2016. Cette disposition octroie le pouvoir au juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause. Ainsi, l'article R.632-1 affirme que « le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application. Il écarte d'office, après

---

<sup>248</sup> Jean-Christophe GRALL, « L'intégration du déséquilibre significatif en droit commun », *Gall et Associés*, 2016, n° 6.

<sup>249</sup> Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525

<sup>250</sup> Jean-Christophe GRALL, *op. cit.*

avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat ».

**469.** Ces dispositions qui achèvent la consécration du pouvoir judiciaire en matière de clauses abusives sont le résultat d'un long processus jurisprudentiel et législatif. Retenues par la CJUE, la Haute juridiction nationale et le législateur, font du juge l'organe principal de détermination des clauses abusives. Ainsi, seul le juge peut dire de façon catégorique qu'une clause est abusive.

## **Conclusion du chapitre**

**470.** Jusqu'alors, la détermination des clauses abusives était du domaine réglementaire. Le législateur n'avait pas dans un premier temps jugé nécessaire de confier la détermination des clauses abusives au juge. Il estimait que la protection des consommateurs devrait être efficace et le juge ne faisait pas figure d'organe compétent dans ce sens. Les raisons, l'insécurité juridique que peuvent créer les divergences des décisions de justices, l'arbitraire du juge et la lenteur dans la formation de la jurisprudence.

**471.** Exclu ainsi de la lutte contre les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, le juge n'a pas su rester longtemps à l'écart. Illustrant la formule « Chassez le naturel il revient au galop », il s'est vite emparé de ce pouvoir d'appréciation qui devrait normalement lui revenir de plein droit. Par touches successives, il arrive à bâtir une jurisprudence autour de la détermination des clauses abusives. Conscient de la contribution incontournable du juge à la protection des consommateurs, le législateur n'a pas hésité à consacrer sa jurisprudence et de l'ériger au rang des normes principales d'encadrement des contrats conclus avec les consommateurs.

**472.** Le juge est dorénavant le seul organe habilité à déclarer nulle toute clause abusive présente dans les contrats proposés aux consommateurs depuis l'ordonnance de 2016 portant réforme du droit commun des contrats. Mais bien avant l'accueil de ce pouvoir d'appréciation des clauses abusives dans le Code civil de 2016, le juge avait l'habilitation de reconnaître le caractère abusif d'une clause qui ne faisait pas partie des clauses abusives retenues par le pouvoir réglementaire.

**473.** Le pouvoir réglementaire a effectué un travail remarquable mais reste insuffisant dans la mesure où le décret du 24 mars 1978 ne pouvait pas prendre en charge toutes les clauses abusives. La codification d'une liste de clause ne pouvait pas empêcher la présence d'autres clauses dans le contrat et la loi n'était pas révolutionnaire dans un monde où le contrat ne cesse d'évoluer et où les clauses abusives se prolifèrent.

**474.** C'est là que le juge entre en jeu et son pouvoir d'appréciation est assez intéressant. Son intervention ne se limite pas seulement à combler les lacunes de la loi et à renforcer la protection des consommateurs contre les clauses abusives. Il consiste également à reprendre le

flambeau des mains du pouvoir réglementaire. En effet, le juge a d'abord été à côté du pouvoir réglementaire dans la détermination des clauses abusives avant que ce pouvoir lui soit attribué définitivement.

**475.** Son pouvoir d'appréciation ne peut qu'être efficace pour la protection des consommateurs en ce sens que la sanction prononcée par le juge peut être de deux sortes : le réputé non-écrit de la clause abusive et l'octroi de dommages et intérêts, soit la condamnation à des dommages et intérêts lorsque le consommateur rapporte la preuve d'un préjudice réparable.

**476.** Toutefois, avec l'existence d'autres acteurs tels que les associations des consommateurs, la commission des clauses abusives, ne donne-t-elle pas moins d'importance au pouvoir d'appréciation du juge en matière de clauses abusives.



**DEUXIEME PARTIE : LE JUGE, COLLABORATEUR DU LEGISLATEUR DANS LE  
DEVELOPPEMENT DE LA REGLEMENTATION APPLICABLE AU CONTRAT**

**477.**      Devant la carence du législateur, des pans entiers du droit ont été créés par le juge. En matière contractuelle, cette mission de complément du législateur s'est développée au cours du XIX<sup>e</sup> siècle à partir de la codification du Code civil de 1804. En effet, le contrat est acte juridique qui évolue et les règles qui le régissent sont censées s'adapter à cette évolution. Or le législateur n'est pas révolutionnaire et les dispositions qui s'appliquent au contrat ne sont plus adaptées à la situation actuelle de celui-ci.

**478.**      C'est pourquoi, pour pallier l'inertie et l'immobilisme du législateur, le juge investi d'un pouvoir de dire le droit se charge de relayer celui-ci lorsque les dispositions contractuelles sont devenues inadaptées, incomplètes, désuètes, imprécises.

L'évolution du contrat nécessite bien l'intervention de mesures nouvelles pour assurer la continuité et l'adaptabilité des dispositions qui le régissent. Rédigées à une époque bien précise, les dispositions qui relèvent du droit des contrats ne peuvent s'appliquer dans une situation où le contrat est en pleine mutation. En effet, il est de coutume de dire que c'est la loi qui s'adapte à l'évolution de la société. Par conséquent, lorsque le contrat évolue, la loi doit faire peau neuve en s'adaptant aux nouvelles relations contractuelles.

**479.**      Toutefois, la loi en elle-même n'est pas innovante. Ses dispositions telles qu'elles ont été rédigées dans le Code civil de 1804 n'ont connu aucun changement, ni aucune réforme. Quand bien même le législateur était au point sur le renouvellement des Codes satellites comme le Code de la consommation et le Code de commerce, il est resté silencieux sur les dispositions qui régissent l'essence même du droit des contrats qu'est le Code civil.

**480.**      Cette absence de nouvelle base légale a conduit le juge à s'intéresser d'avantage au contrat dans le but de compléter le vide juridique laissé par le législateur. Le juge est devenu ainsi malgré lui le coauteur du législateur d'abord en tant qu'organe judiciaire chargé de dire le droit sous peine de déni de justice et ensuite comme un complément du législateur dans l'élaboration des normes qui relèvent du pouvoir législatif.

**481.**      Relativement aux faits qui se présentent, le juge doit aller au-delà de ses pouvoirs pour combler le silence du législateur, c'est-à-dire compléter le vide juridique conséquent à la désuétude des dispositions législatives et établir une situation juridique régulière. Dès lors, il a

entamé un travail de réforme basé sur la consécration de nouvelles dispositions qui sont soit un prolongement des dispositions législatives déjà existantes, soit une pure création jurisprudentielle (**Titre 1**). En plus de son pouvoir réformateur, le juge assure également l'interprétation de la loi. En effet, le pouvoir d'interprétation de la loi est essentiellement attribué aux autorités chargées de l'appliquer. C'est pourquoi, les normes législatives en matière contractuelle ont fait l'objet d'interprétation judiciaire. Des notions introduites dans le contrat par le législateur pendant la réforme de 2016 ont été interprétées et adaptées aux évolutions de l'environnement contractuel (**Titre 2**).

## TITRE 1. LE POUVOIR REFORMATEUR DU JUGE DANS LE SILENCE DE LA LOI

**482.**      Devant l’immobilisme et l’inertie du législateur, le juge a réformé le droit des contrats suivant l’évolution de l’environnement contractuel.

**483.**      D’abord le législateur était silencieux sur la période qui précède la conclusion du contrat. En effet, le contrat reposait essentiellement sur l’instantanéité de l’échange des consentements. En outre, lorsque les négociations devaient être engagées, il était acquis qu’elles relevaient de la vie privée des parties. Les négociations n’étaient pas prises en compte car la période précontractuelle est donc très probablement, dans l’esprit des rédacteurs du Code civil de 1804, une période de non-droit, où chacun doit avoir le pouvoir et est à même de défendre librement ses intérêts.

Les partenaires contractuels disposaient ainsi d’une liberté absolue qui était hors de contrôle des textes établis. Toutefois, avec l’évolution du contrat, les négociations ne reposaient plus sur l’échange instantané des consentements mais peuvent également asseoir des discussions longues et pointilleuses, difficiles et parfois très coûteuses. Et dans ce contexte, la liberté absolue dont jouissaient les partenaires peut vite tomber dans l’abus et peut ainsi nuire aux intérêts des partenaires, si elle n’est pas contrôlée. Les textes établis qui régissaient le contrat ne correspondaient plus ainsi à la réalité du déroulement des négociations. Plus vite, ils montraient leur inadaptabilité.

Ensuite, aux contrats de droit strict<sup>251</sup> ont succédé les contrats de bonne foi marqués par la prédominance du consensualisme. Ainsi, la bonne foi « suppose que le consentement soit valable, que les parties s’abstiennent de toute trahison, de toute violence, de toute malhonnêteté, de toute fraude ; mais aussi qu’il soit vraisemblable et raisonnable ; enfin que le contrat ne heurte ni le droit divin, ni les bonnes mœurs, ni même le profit commun »<sup>252</sup>.

---

<sup>251</sup> David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*. Ces contrats sont apparus dans le droit romain archaïque. Il s’agit d’un contrat unilatéral, car seul le créancier en a l’initiative et il crée une obligation seulement à la charge du débiteur. Il est sanctionné par une action de droit strict, à la demande de juge ou d’arbitre.

<sup>252</sup> Paul OURLIAC et Jehan de MALAFOSSE, *Histoire du droit privé, tome 1 : Les obligations*, PUF, coll. « Thémis », 2<sup>e</sup> éd., 1969, 441 p., p. 83. Voir aussi Adhémar ESMEIN, *Études sur les contrats dans le très ancien*

**484.** Ce consensualisme qui est donc une liberté d'échange de volonté doit reposer essentiellement sur la bonne foi des contractants pour assurer une exécution effective du contrat. C'est sur le fondement de la bonne foi que la partie ne doit pas se mettre délibérément dans une situation rendant impossible l'exécution de ses obligations, ou ne doit pas recourir à des manœuvres qui rendraient l'exécution du contrat plus difficile pour l'autre partie. C'est également la bonne foi qui a permis d'imposer au contractant de ne pas adopter un comportement contraire à ce qui a été prévu. La bonne foi est ainsi reconnue sur toutes les phases du contrat comme le prévoit l'article 1104, qui exige que les contrats soient négociés, formés et exécutés de bonne foi

**485.** C'est ainsi que le juge, par son pouvoir de dire le droit, s'y était employé pour injecter une dose de sécurité dans la relation contractuelle. Par touches successives, la jurisprudence est venue bâtir l'édifice d'un encadrement juridique des négociations précontractuelles et d'assurer l'exécution effective du contrat au nom du principe de bonne foi.

**486.** Le juge a ainsi élaboré le principe de bonne foi et a ensuite bénéficié d'un fondement textuel grâce à la réforme du droit des contrats. En droit sénégalais, même si le principe de bonne foi dans la période précontractuelle n'est pas explicitement mentionné dans les textes, sa reconnaissance est admise dans la pratique.

Il est dès lors aisé de comprendre que l'évolution du contrat nécessite l'intervention de mesures nouvelles basées sur le principe de bonne foi. Guidé par cette dernière, le juge doit instaurer un climat de sécurité juridique en aménageant un espace de droit non seulement dans la phase précontractuelle (**Chapitre 1**) mais également au stade de l'exécution du contrat en introduisant une procédure de sanction unilatérale (**Chapitre 2**).

## **CHAPITRE 1. L'AMENAGEMENT D'UN « ESPACE DE DROIT » DANS LA PHASE DES NEGOCIATIONS PRECONTRACTUELLES**

**487.** Les négociations précontractuelles sont longues, pointilleuses, coûteuses et peuvent parfois aboutir à des ruptures abusives ou des comportements déloyaux qui faussent le succès des négociations. Il est énoncé que le contrat trouve son fondement dans la liberté contractuelle mais celle-ci ne saurait être absolue ou abusive. Ce serait donc potentiellement livrer aux parties à la volonté de celle qui est la plus forte, si cette liberté n'est pas contrôlée. C'est vraisemblablement pour cette raison que l'article 1102 précise que « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ». L'article 42 du Code des obligations civiles et commerciales déclare quant à lui que « libres de contracter ou de ne pas contracter, d'adopter toute espèce de clauses de modalités, les parties ne peuvent cependant porter atteinte par conventions particulières à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ». Quand bien même les limites posées par loi ne font pas allusion en l'espèce à un devoir de bonne foi, le juge peut interpréter cette liberté contractuelle en accord avec le devoir de bonne foi des parties. Par conséquent, dans la phase précontractuelle, les parties doivent observer ce devoir de bonne foi. Cette limite posée par la loi peut dès lors être interprétée par le juge comme un principe d'ordre public qu'est la bonne foi. Ainsi, la liberté contractuelle dont bénéficient les parties ne puisse franchir la limite établie par l'ordre public de la bonne foi.

**488.** Voilà comment le juge a étendu le principe de la bonne foi dans la phase qui précède les négociations afin d'assurer la justice contractuelle, ce que l'ordonnance de 2016 a ensuite codifié et systématisé dans le cadre des négociations précontractuelles. En ce sens, l'article 1112 précise que « l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ». Grâce à l'œuvre du juge, la réforme a diffusé ainsi le principe de liberté contractuelle au sein des négociations contractuelles, assortie d'un devoir de bonne foi.

**489.** Par ailleurs, le droit des contrats sénégalais qui s'est majoritairement inspiré du Code civil français de 1804 a repris au cours de sa formation les constructions de la jurisprudence française y compris la notion de bonne foi dans la phase des négociations contractuelles. C'est pourquoi, il n'existe pas de distinctions majeures quant aux pouvoirs du juge. La seule

différence réside dans la création jurisprudentielle française et le mimétisme du juge sénégalais.

490. L'immense majorité des décisions dégagées par la jurisprudence française ont été retenues par le juge sénégalais. C'est pourquoi, quand bien même le législateur sénégalais ne les codifie pas, le juge s'en imprègne. Il en va ainsi de la reconnaissance de la liberté contractuelle dans la phase des négociations reconnue en droit sénégalais.

491. Ainsi, la liberté contractuelle s'essaima dans la période précontractuelle et le juge y rattache dorénavant le principe de bonne foi en vue d'un encadrement des négociations précontractuelles (**Section 1**) dont le non-respect est assorti d'une sanction judiciaire : l'engagement de la responsabilité pour manquement au devoir de bonne foi (**Section 2**).

### **Section 1. L'encadrement judiciaire des négociations précontractuelles**

492. Les négociations précontractuelles sont à l'ordre du jour reconnues et disponibles dans le nouveau Code civil après avoir été longtemps considérées comme un espace de non-droit dédié à la vie privée des parties. Cependant, le juge n'a jamais été indifférent face au silence de la loi sur les déroulements des négociations précontractuelles. Grâce à la réforme, il dispose d'un fondement juridique lui permettant d'exiger l'impérativité des exigences de la bonne foi dans les négociations précontractuelles<sup>253</sup>(§ 1). En droit sénégalais, cette bonne foi n'est pas expressément énoncée par le législateur mais le juge, dans ses décisions, l'accorde une place de choix à ses pierres de touche. Par le solidarisme contractuel, il arrive à imposer cette bonne foi aux parties dès la phase précontractuelle (§ 2).

#### ***§ 1. La consécration jurisprudentielle du devoir de bonne foi dans les négociations précontractuelles en droit français***

493. Le nouvel article 1112 du Code civil prévoit que « l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ». La réforme diffuse non seulement la liberté contractuelle dans la phase des

---

<sup>253</sup> Nouel article 1112 du Code civil.

négociations, faisant ainsi écho à l'article 1102<sup>254</sup>, mais également élargit le devoir de bonne foi, autrefois cantonné à l'exécution du contrat, aux négociations précontractuelles, en impliquant que les contrats soient négociés, formés et exécutés de bonne foi<sup>255</sup>.

**494.** Ce devoir de bonne foi doit être observé par les parties lors du déroulement (**A**) et de la rupture des négociations (**B**).

### **A. L'exigence de la bonne foi dans le déroulement des négociations**

**495.** La bonne foi est « le comportement honnête que doit avoir un contractant »<sup>256</sup> lors du déroulement des négociations. Cette bonne foi est sous couverte de l'obligation précontractuelle d'information et de loyauté. L'information éclaire le choix du partenaire quant à la conclusion du contrat. Le partenaire contractuel doit savoir à l'avance s'il doit donner son consentement ou non, par le biais des informations reçues de son partenaire. Elles influencent ainsi la prise de décisions concernant la conclusion du contrat.

Dès lors, un devoir d'information précontractuel pèse sur les futurs contractants (**1**). En outre, le devoir de loyauté auquel les parties doivent observer est laissé à l'appréciation du juge, dès lors qu'un comportement déloyal ait eu lieu (**2**).

#### **1. Le devoir d'information précontractuelle**

**496.** Le juge s'est surpassé et a imposé aux partenaires une obligation précontractuelle d'information à l'aune de la bonne foi, autrefois connue sur le nom l'obligation de mise en garde ou de conseil. L'obligation précontractuelle d'information étant réservée au droit spécial comme le droit de la consommation, le juge s'est employé à l'étendre au droit général à travers ses nombreuses décisions de justice. Ainsi, « les obligations précontractuelles d'information se sont multipliées en jurisprudence et l'ordonnance ne fait ici que consacrer une solution jurisprudentielle classique de bonne foi »<sup>257</sup>. Grâce à la codification, le juge dispose d'un fondement légal lui permettant de contrôler l'exigence du devoir de bonne foi dans les discussions précontractuelles et de condamner son manquement. Cependant, les

---

<sup>254</sup> Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant, de définir le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

<sup>255</sup> Nouvel article 1104 du Code civil.

<sup>256</sup> Mustapha MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des contrats », 2015, n° 22, p. 816.

<sup>257</sup> Clément FRANÇOIS, « Présentation des articles 1113 à 1122 de la nouvelle sous-section 2 : Les négociations », la réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1.



critères permettant de relever la bonne foi n'ont pas été précisés par les textes. Visiblement, le « juge vérifiera si le devoir de loyauté lequel, implique que les négociations aient une attitude dénuée de mauvaise foi, a bien été observé par les parties »<sup>258</sup>.

**497.** L'exigence du devoir d'information est requise dès lors que légitimement, l'autre partie ignore ou fait confiance à son contractant<sup>259</sup>. En d'autres termes l'obligation d'information doit être établie lorsque l'autre partenaire se trouve dans un état de confiance légitime ou d'ignorance légitime.

**498.** La légitimité de l'ignorance est laissée à l'appréciation du juge. Il doit trouver un équilibre entre le devoir d'informer d'une part et l'obligation de se renseigner d'une autre. En effet, une partie ne peut pas invoquer son ignorance fautive pour se prévaloir d'un défaut d'information. Elle aurait dû connaître cette information si elle n'avait pas une confiance excessive à l'égard de son cocontractant. En insistant sur le mot « légitime », les rédacteurs entendent ici consacrer un devoir de se renseigner, comme le recommande d'ailleurs l'adage *emptor debet esse curiosus*.

**499.** La Cour de cassation a également retenu ce devoir de se renseigner qui pèse sur le professionnel. Dans une affaire, les juges avaient soutenu qu'un « fabricant ne pouvait ignorer que ses produits possédaient, selon leur mode de préparation, des propriétés différentes, une fois mis en œuvre, peuvent estimer qu'il a commis une faute en ne se renseignant pas auprès de son client sur l'usage auquel ils étaient destinés »<sup>260</sup>. En d'autres termes, le professionnel bien que n'ayant pas connaissance de la destination finale du produit vendu, a un devoir d'information précontractuelle qui pèse sur lui, en l'occurrence, informer l'acquéreur sur la composition du produit en tenant compte de sa destination. L'informer sur les propriétés différentes que compose le produit aura alerté l'acheteur quant aux choix de conclure le contrat ou non. Toutefois, il est aussi important de souligner que l'ignorance peut résulter de la confiance légitime qu'un partenaire a vis-à-vis de son cocontractant. Si le créancier d'une information n'a pas jugé nécessaire d'aller chercher cette information, c'est qu'il aurait fait confiance à son débiteur compte tenu du devoir d'information qui pèse sur ce dernier. La jurisprudence a ensuite retenu ce devoir d'information à l'égard des profanes. La Cour de cassation avait jugé qu'un vendeur avait manqué à son devoir d'information à l'égard

---

<sup>258</sup> Adra ZOUHAL, « Réforme du droit des obligations : les négociations précontractuelles », *op. cit.*

<sup>259</sup> Le nouvel article 1112-1 du Code civil.

<sup>260</sup> Cass. com., 14 novembre 1977, n° 75-15.185.

de son acquéreur, en ne le renseignant pas sur la situation foncière d'un immeuble qu'il lui a vendu, faisant l'objet d'une non-autorisation de construire<sup>261</sup>. En outre, « dès lors que l'information implique qu'elle ne peut être délivrée que par l'intermédiation du contractant ou que son accès impliquerait des recherches approfondies et donc présente un certain coût, l'ignorance est légitime »<sup>262</sup>.

**500.** La légitimité de la confiance du créancier de l'information se manifeste dès la connaissance de l'information par son débiteur, compte tenu du devoir de bonne foi qui pèse sur les partenaires. Ainsi, la partie qui détient une information est tenue de la communiquer à l'autre par devoir de loyauté. Toutefois, le devoir de loyauté implique-t-elle que la partie qui ne détient pas à l'obligation de se renseigner pour informer, si l'autre se trouve dans une situation de confiance ou d'ignorance légitime ? Les textes prévoient un devoir d'information lorsque l'une des parties « connaît » une information<sup>263</sup> et n'entendent pas créer une obligation d'informer pour celui qui « aurait dû connaître l'information ». Si une partie ne connaît pas une information, un devoir d'information ne pèse pas sur lui, sous réserve des dispositions du nouvel article 1112-1 al. 4<sup>264</sup>.

**501.** Informer, c'est un devoir que « les parties ne peuvent ni limiter, ni ignorer »<sup>265</sup>. Dans cette disposition, « la loi tend à assurer l'effectivité de ce devoir d'information en prohibant toute clause qui aurait pour velléité de le limiter ou de l'exclure »<sup>266</sup>. Etant consacrée comme une disposition d'ordre public, le manquement à ce devoir d'information entraîne l'annulation du contrat au sens de l'article 1178 du Code civil, ainsi que la mise en œuvre de la responsabilité extracontractuelle pour faute. Ainsi, la partie qui détient une information utile n'est pas tenue de l'ignorer, ou même qu'elle ne peut l'ignorer sous prétexte que l'autre doit de se renseigner sauf dans les cas où le devoir de se renseigner est imputable au créancier pour ignorance fautive.

**502.** L'information précontractuelle porte sur un élément essentiel du contrat, qui a un impact sur la prise de décision de conclure un contrat. L'ignorer par celui qui la connaît constitue une faute aussi bien que la dissimuler à celui qui l'ignore.

---

<sup>261</sup> Cass. civ. 3, 21 juillet 1993, n° 91-20.639.

<sup>262</sup> Marie RAKOTOVAHINY, « L'information des contractants », *Persée*, 2019, n° 086, p. 72.

<sup>263</sup> Novel article 1112-1 du Code civil.

<sup>264</sup> « Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie ».

<sup>265</sup> Le nouvel article 1112-1 du Code civil.

<sup>266</sup> Marie RAKOTOVAHINY « L'information des contractants », *op. cit.*

**503.** L'exigence du devoir d'information précontractuelle est requise également « lorsque l'information a une importance déterminante pour le consentement »<sup>267</sup>. L'alinéa 3 de l'article précité précise qu'ayant une importance déterminante, l'information qui a un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il est nécessaire de savoir que toutes les informations n'ont pas une incidence sur le consentement des parties, notamment les informations superflues.

**504.** Par ailleurs, le juge écarte également toute obligation d'information portant sur la valeur de la prestation. Il a retenu à travers une solution antérieure Baldus, que « l'acheteur qui a déjà acquis des photographies, lors d'une vente aux enchères publiques, n'est pas tenu d'informer le vendeur lui proposant trois ans plus tard de lui vendre de gré à gré d'autres photographies du même photographe, au même prix, de la valeur exacte de celles-ci ». Cette solution est consacrée par la réforme à son article 1112-1 al. 2 établissant qu'il n'y a pas d'obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis.

**505.** Quelles sont dès lors ces informations exerçant une influence sur le consentement ?

Les textes ne donnent pas une liste exhaustive des informations ayant un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat et la qualité des parties, ni un indice permettant de reconnaître une formation déterminante sur le consentement. Cette faculté est laissée sans doute à l'appréciation du juge qui doit déterminer l'importance et l'influence de l'information sur le consentement des parties.

Sont jugées déterminantes sur le consentement des parties, les informations dont la connaissance a un effet immédiat sur la prise de décision quant à la conclusion du contrat. Ainsi, si un créancier d'une information avait connaissance d'une telle information, elle n'aurait jamais conclu le contrat, et dans la mesure où cette information lui a été dissimulée, elle l'aurait annulé. Ces informations déterminantes font écho aux conditions de validité du contrat énoncées à l'article 1128 du Code civil, au vu de la sanction de leur manquement. En d'autres termes, leur manquement est assimilé aux vices du consentement énoncés dans l'article 1130 du Code civil. Le juge doit ainsi trouver un lien entre ces informations et les conditions de validité du contrat. Le caractère d'ordre public du devoir d'information doit guider le juge dans l'évaluation de l'importance de l'information. Ainsi, lorsque le

---

<sup>267</sup> Nouvel article 1112-1 al. 1.

manquement à cette information relève d'une faute sanctionnée dans les mêmes conditions citées à l'article 1178, l'information est déterminante pour le consentement.

**506.** La prise en compte de la qualité des parties dépend de la nature du contrat. En général, c'est le créancier de l'information qui a été ciblé par les textes. Dans les contrats conclus entre professionnel et consommateur, il est sans doute plus logique d'admettre que le consommateur est le créancier de l'information. Par sa position de faiblesse par rapport au professionnel et surtout de son exclusion quant à la définition des termes du contrat, la loi le protège et par conséquent lui donne le droit d'être le créancier des informations contenues dans le contrat. Toutefois, il est judicieux de noter que la loi entend consacrer un devoir de se renseigner imputable au créancier dès lors que son ignorance s'avère illégitime.

**507.** Le devoir d'information est d'ordre public, les parties ne peuvent l'ignorer. La bonne foi dans les négociations précontractuelles est un principe sacrosaint dont la méconnaissance constitue une violation.

## **2. L'appréciation judiciaire du manquement au devoir de bonne foi**

**508.** Les textes n'énoncent pas les critères permettant de relever la mauvaise foi ou la déloyauté des partenaires dans le déroulement des négociations. Mais la jurisprudence a en effet, bien longtemps retenu des décisions sanctionnant le manquement au devoir de bonne foi.

Sera sans doute retenue comme manquement au devoir de bonne foi, toute action ne favorisant pas le bon déroulement des négociations. Il appartient au juge d'apprécier ce manquement au moyen d'une preuve établie. Il incombe ainsi à celui qui réclame une information de prouver son existence à la charge de celui qui la détient de prouver qu'il l'a révélée<sup>268</sup>.

**509.** Dans tous les cas, la jurisprudence constate l'existence d'une faute au moyen de la preuve établie. La preuve étant la justification d'un manquement à l'information d'une part et la révélation de cette information d'autre part, il appartient au juge de mesurer l'existence d'une information par rapport au déroulement des négociations et le moment où les parties ont parvenu à un accord. En effet, si le juge constate que la partie qui réclame l'information

---

<sup>268</sup> Nouvel article 1112-1 du Code civil.

n'aurait jamais conclu si elle avait eu connaissance de cette information, il incombe au partenaire qui la devait de prouver qu'il l'a fournie au moyen des échanges entretenus avec celui-ci.

**510.** Ainsi, constitue un manquement au devoir de bonne foi, la dissimulation d'informations utiles à son partenaire. La jurisprudence considère le manquement au devoir d'information comme une réticence dolosive. Elle la définit comme étant l'omission volontaire d'une obligation d'information, assimilable au vice du consentement et causant la nullité du contrat. Cette notion codifiée par l'ordonnance de 2016 a été retenue par la jurisprudence. La Cour de cassation a d'ailleurs plusieurs fois réitéré la notion de réticence dolosive, pour toute absence d'information utile. Par exemple, elle a condamné un acquéreur d'un immeuble pour avoir dissimulé au vendeur les moyens de paiement, le laissant croire que l'achat du bien se ferait par ses fonds propres, alors qu'en réalité, l'acquéreur avait la nécessité de recourir à un prêt bancaire et que ce n'est qu'à la veille de la date de la signature du contrat, qu'il révèle ne pas obtenir le prêt de la banque, faussant ainsi la conclusion du contrat<sup>269</sup>. Les juges retiennent ainsi l'existence d'une réticence dolosive, l'absence d'information sur la nécessité de recourir à un prêt bancaire pour payer le prix. D'autres illustrations prétoriques témoignent du manquement au devoir d'information comme réticence dolosive à l'encontre d'un vendeur. En effet, « ayant constaté après leur entrée dans les lieux qu'une trappe, située sous un tapis devant la porte-fenêtre du salon, donnait accès à une cave qui ne leur avait pas été signalée et dont la dalle située sous la salle à manger était soutenue par des étais et que l'absence d'entretien des poutres de la dalle affectait la solidité du sol de la salle de séjour de l'immeuble, un litige s'éleva sur la réticence dolosive commise par le vendeur à l'endroit de l'acquéreur »<sup>270</sup>. La mauvaise foi ou réticence dolosive selon la jurisprudence est un défaut de conclusion du contrat.

**511.** La jurisprudence retient également comme manquement au devoir de bonne foi, celui qui entre en négociation ou les poursuit sans avoir de réelles intentions à conclure un contrat avec son partenaire<sup>271</sup>. Ce manquement au devoir de bonne foi est également assimilé à celui qui poursuit les négociations dans le seul but de connaître les secrets de son partenaire<sup>272</sup> ou encore le partenaire qui maintient les négociations dans le seul but d'empêcher son partenaire

---

<sup>269</sup> Cass. civ. 1, 6 janvier 1998, n° 95-19.199.

<sup>270</sup> Cass. civ. 3, 30 novembre 2017, n° 15-15.885.

<sup>271</sup> Cass. com., 18 juin 2002, n° 99-16.488.

<sup>272</sup> Cass. com., 3 octobre 1978. Bull. civ. IV, n° 1208.

d'entrer en négociation avec un tiers. Quel que soit le motif avancé par le partenaire fautif, le juge retient la déloyauté du partenaire vis-à-vis de son cocontractant. Dans tous les cas, le partenaire fautif n'avait pas pour véritable intention de conclure un contrat, ce qui lèse considérablement l'autre, notamment si des frais ont été engagés et par la même occasion la perte de temps ou de chance de conclure avec un tiers, (si les partenaires n'avaient pas prévu dans leur accord de négociation, une clause d'exclusivité). La déloyauté s'apprécie très souvent en fonction du degré d'avancement des pourparlers. Plus les négociations avancent, plus elles créent chez le partenaire une confiance légitime de parvenir à un accord. Par conséquent, le partenaire qui crée une confiance légitime chez l'autre sans avoir l'intention de conclure un contrat, engage sa responsabilité.

## **B. L'exigence de la bonne foi dans la rupture des négociations**

**512.** La rupture des négociations est un droit dès lors que les parties viennent tout juste d'entamer les négociations. Elles ont à cet effet la liberté de rompre les pourparlers. Cette liberté de rompre devient abusive lorsque les négociations atteignent un certain degré d'avancement (2). En outre, un devoir de confidentialité est exigé aux parties dès lors qu'un accord n'est pas parvenu (1).

### **1. L'exigence du devoir de confidentialité lors de la rupture des négociations**

**513.** Les négociations renferment « l'échange d'informations sensibles, pouvant être un savoir-faire, des méthodes de distribution, des travaux de recherche, des techniques de développement commercial, etc. »<sup>273</sup>. Le devoir de confidentialité s'apprécie très souvent au moment de la rupture des pourparlers. C'est après rupture des négociations que la divulgation ou l'utilisation illicite des informations échangées se manifeste le plus souvent. Pour contrecarrer les comportements illicites, les parties prévoyaient des clauses de confidentialité. En outre, la jurisprudence a en effet fondé l'obligation de discrétion dans la mesure où aucune clause de confidentialité n'a été prévue par les parties<sup>274</sup>.

**514.** Ainsi, le partenaire qui obtint des informations lors d'une négociation était tenu de les garder secret. Les textes n'avaient pas pris en compte une obligation générale de

---

<sup>273</sup> Adra ZOUHAL, « Réforme du droit des obligations : les négociations précontractuelles », *op. cit.*

<sup>274</sup> Cass. civ., 3 juin 1986, n° 84-16.917.

confidentialité. C'est grâce à la réforme, consacrant l'œuvre prétorienne du devoir général de confidentialité, que les parties n'ayant pas conclu une clause de confidentialité peuvent bénéficier d'un fondement légal, leur garantissant une protection des informations échangées mais également leur imposant une obligation de confidentialité. Le nouvel article 1112-2 dispose à cet effet qu'engage sa responsabilité dans les conditions de droit commun, celui qui utilise ou divulgue une information qu'il a obtenue dans le cadre des négociations dans le but de l'utiliser pour une chose autre que celle pour laquelle l'information a été donnée. Les rédacteurs du Code civil font référence à une divulgation et une utilisation d'information. L'utilisation d'information renvoie à l'exploitation de l'information par le contractant qui la reçoit, dans un but autre que celui pour lequel l'information lui a été délivrée. La divulgation renvoie à l'hypothèse où le contractant qui a reçu l'information, ne l'utilise pas à son profit mais plutôt la communique à une tierce personne qui l'exploite.

**515.** Dans tous les cas, l'utilisation ou la divulgation d'informations entraîne de lourdes conséquences pour celui qui les a fournies. La conséquence la plus néfaste peut résulter d'une concurrence déloyale ou d'une contrefaçon. Ce devoir précontractuel de confidentialité n'étant pas d'ordre public comme celui d'information, sa protection doit être renforcée, notamment en précisant ou en identifiant les informations revêtant un caractère confidentiel. Mais ni les textes, ni la jurisprudence n'énumèrent les informations pouvant être qualifiées de confidentielles. Cette tâche est laissée à la marge de manœuvre des parties. Dès lors, il est intéressant de savoir quel type d'informations suscitent des mesures de confidentialité et à quel degré d'avancement des négociations peuvent-elles être révélées ? Il est possible de penser qu'ont un caractère confidentiel, les informations que les parties considèrent comme tel. En d'autres termes, la confidentialité de l'information dépend de la perception qu'en ont les parties.

**516.** En outre, il est possible d'envisager que les informations confidentielles sont celles susceptibles d'être divulguées ou utilisées. Mais en l'absence de précision d'informations confidentielles par les textes, la perception individuelle des parties du caractère confidentiel d'une information aurait-elle suffi ? Dès lors que le caractère confidentiel d'une information est laissé à l'appréciation des parties, l'une d'elles ne pourrait-elle pas se prévaloir de son propre jugement qualifiant l'information non confidentielle ou anodine et de l'utiliser à son profit ? C'est une véritable incertitude qui mérite d'être résolue par la jurisprudence et la loi, qui doivent, partant de toutes ces considérations, définir la notion d'information

confidentielle. Finalement, il est plausible de penser que la protection des informations échangées lors des négociations est insuffisante, que la clause de confidentialité se trouve être plus efficace lorsque qu'elle protège mieux les parties, en précisant les informations faisant l'objet de confidentialité. En outre, il est intéressant de se questionner également sur le moment où l'information confidentielle est susceptible d'être révélée. Est-ce au début des négociations ou à la fin des négociations ? Cela doit sans doute dépendre du type d'information et sa nécessité d'être fournie. En général, la sensibilité ou le caractère confidentiel de l'information est mesuré par rapport à l'état d'avancement des pourparlers. Pour avoir fourni des informations confidentielles, les négociations devraient atteindre un certain niveau d'avancement, créant chez le créancier une confiance légitime, laissant penser à celui-ci que le contrat serait conclu. Le niveau d'avancement des négociations révèle le caractère confidentiel d'une information C'est pourquoi le contractant n'ayant pas l'intention de conclure un accord maintient et poursuit les négociations dans l'unique but de connaître les informations secrètes et rompt dès qu'il les aurait obtenues.

## **2. L'abus de liberté dans l'exercice du droit de rupture des négociations**

**517.** La liberté est un principe contractuel, y compris la liberté de rompre les pourparlers. La jurisprudence a pendant longtemps admis ce principe de rupture des pourparlers. Toutefois, si la rupture des négociations est un droit qu'offre cette liberté, celle-ci peut tomber aisément dans l'abus, sachant que les négociations n'engagent en rien, une obligation de conclure un contrat. En d'autres termes, les négociations précontractuelles, ne garantissant pas toujours l'accord sur une conclusion d'un contrat, peuvent engendrer des dommages, si la liberté reconnue aux pourparlers dans l'exercice de rompre les négociations, ne fait pas l'objet de contrôle.

**518.** Pour limiter cette liberté dans l'exercice du droit de rompre les pourparlers, le juge l'a induit d'un tempérament de bonne foi, attestant que « la rupture unilatérale de pourparlers, qui s'étaient poursuivis pendant plusieurs mois et qui avaient abouti à un projet d'accord, par un négociateur qui n'avait jamais paru les abandonner est constitutive d'une faute »<sup>275</sup>.

---

<sup>275</sup> Denis MAZEAUD, « Rupture fautive des pourparlers », *Revue des Contrats*, 2004, n° 2, p. 257. Cass. com., 26 novembre 2003, n° 00-10243 : cette jurisprudence consacre la faute pour rupture abusive des négociations précontractuelles.



**519.** La jurisprudence Manoukian est sur ce point très précis lorsqu'elle affirme que la rupture imprévisible et intempestive des négociations constitue une faute.

La réforme du droit des contrats est venue consacrer une œuvre prétorienne en diffusant ainsi le principe de liberté contractuelle dans les négociations précontractuelles<sup>276</sup>.

L'extension du principe de liberté aux négociations précontractuelles offre au juge un fondement textuel lui permettant d'apprécier la légitimité des ruptures des négociations contractuelles.

**520.** Ainsi, lorsque les négociations viennent tout juste d'être entamées, c'est la liberté de rompre qui l'emporte. Mais lorsque les négociations atteignent un certain degré d'avancement, cette liberté est considérablement réduite et les partenaires doivent dès lors s'abstenir d'une rupture qui pourrait être considérée comme abusive. Le caractère abusif d'une rupture est laissé à l'appréciation souveraine du juge qui évalue les circonstances dans lesquelles la rupture est survenue. Est ainsi considéré comme déloyal celui qui rompt brutalement et unilatéralement les négociations alors que celles-ci sont assez avancées et qui brise ainsi la confiance légitime née chez le partenaire.

**521.** Les circonstances constitutives d'une faute dans l'exercice du droit de rupture des pourparlers contractuels sont très claires. Le juge considère comme abusive, une rupture survenue alors que la confiance légitime née chez un négociateur est créée par l'apparence de volonté ferme et définitive de l'autre à vouloir conclure un contrat, l'incitant ainsi à engager des frais alors que celui-ci le maintient volontairement dans une incertitude ; ou lorsque les négociations ont atteint un certain niveau d'avancement, notamment avec un projet d'accord établi.

**522.** Toutefois, « la rupture ne peut être qualifiée d'abusives lorsque la partie ayant mis fin aux négociations n'a pas agi avec l'intention de nuire ou a toujours fait connaître à son partenaire les conditions auxquelles elle subordonnait le contrat à conclure »<sup>277</sup>. Il appartient à celui qui prétend qu'une rupture est abusive d'apporter la preuve à l'autre partenaire. S'il n'arrive pas à justifier valablement la rupture abusive, son acte est soumis à une sanction.

---

<sup>276</sup> Selon le nouvel article 1112 al. 1, « l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Elles doivent impérativement satisfaire aux exigences de bonne foi ».

<sup>277</sup> « Rupture abusive de pourparlers », *www.le-droit-des-affaires.com.*, disponible sur <https://www.le-droit-> (Consulté le 9 janvier 2021).

## **§ 2. L'extension du solidarisme contractuel dans la phase précontractuelle en droit sénégalais**

**523.** Le législateur sénégalais n'a pas expressément énoncé le principe de la bonne foi et de la liberté contractuelle dans la phase des négociations précontractuelles mais ces principes restent déductibles de sa volonté de prémunir les contractants de l'abus de l'un ou de l'autre. C'est pourquoi, le solidarisme contractuel reconnu aux contractants dans l'exécution de leur contrat est par extension reconnu aux pourparlers contractuels.

**524.** Selon la vision solidariste, le contrat n'est donc pas librement formé et sa force obligatoire doit être assouplie au bénéfice du plus faible<sup>278</sup>. Mais le solidarisme contractuel est également tributaire de la bonne foi que les parties doivent observer lors des pourparlers contractuels, qu'elles soient en position de force ou faiblesse.

En outre, le solidarisme contractuel ressort des termes de l'article 103 du Code des obligations civiles et commerciales qui prévoit que « les parties doivent se soumettre aux exigences de la bonne foi à tous les stades du contrat ». A la lecture des dispositions de l'article 103 du Code des obligations civiles et commerciales, la bonne foi est reconnue au stade des négociations. Dès lors, le déroulement des pourparlers exige un devoir de bonne foi (A) aussi bien que dans leur rupture (B).

### **A. L'existence d'un devoir de bonne foi dans le déroulement des négociations précontractuelles**

**525.** Le solidarisme contractuel constitue une pierre angulaire de la bonne foi en ce sens qu'il prône l'exigence de la loyauté contractuelle<sup>279</sup>. Ce devoir de loyauté ou de bonne foi s'applique dès lors que les parties entament les négociations.

**526.** Tout d'abord, les négociations précontractuelles constituent la base de l'élaboration du contrat et la conclusion du contrat en dépend. En effet, la conclusion du contrat est biaisée dès lors que les parties n'établissent pas un lien de solidarité et de confiance durant les négociations. C'est pourquoi, il est judicieux d'encadrer cette phase précontractuelle afin que

---

<sup>278</sup> Saliou NDIONE, *Le solidarisme contractuel en droit positif sénégalais*, Université Assane Seck, Sénégal, 2019, p. 11.

<sup>279</sup> *Ibid.*

les parties mènent à bien l'exécution de leur contrat. Si le législateur sénégalais n'a pas expressément manifesté sa volonté d'encadrer les négociations précontractuelles, il n'en demeure pas moins que la bonne foi exigée aux contractants dans l'exécution du contrat soit reconnue aussi bien dans la phase des négociations. En effet, le solidarisme contractuel déductible de la volonté du législateur s'étend à tous les stades du contrat comme le prévoit l'article 103 du Code des obligations civiles et commerciales. Dès lors, le juge doit interpréter le solidarisme contractuel comme étant une aptitude à s'abstenir de tout comportement pouvant nuire au bon déroulement des négociations précontractuelles. Ce solidarisme contractuel peut dans ce sens sous-entendre l'exigence de la bonne foi que les parties doivent observer.

527. La bonne foi exige la loyauté des contractants qui doivent s'abstenir de tout comportement qui nuiraient les négociations. Il en va ainsi de l'obligation d'information et de confidentialité qui constituent la base des négociations. Quand bien même le législateur sénégalais n'a pas explicitement consacré un devoir d'information et de confidentialité dans la phase précontractuelle à l'instar de son homologue français, il est logique de penser que de tels devoirs s'imposent aux contractants. C'est au juge qu'il revient dès lors la responsabilité d'imposer aux parties un devoir d'information et de confidentialité. En effet, la bonne foi inclut un devoir d'information. L'information est essentielle à l'accord des consentements. Elle constitue le soubassement de la formation du contrat. Lorsque la bonne foi recommande la loyauté des contractants, elle implique que les informations essentielles doivent être communiquées par la partie qui les détient lorsque l'autre les ignore légitimement ou est en confiance légitime<sup>280</sup>. Le Code civil précise que les informations échangées ou communiquées doivent être essentielles, ce que signifie que toutes les informations détenues par l'une des parties ne sont pas obligatoirement communiquées à moins qu'elles soient essentielles. L'obligation est essentielle dès lors qu'elle a un lien direct avec le contenu du contrat ou la qualité des parties<sup>281</sup>, et dans ce sens doit être déterminante pour le consentement du créancier de l'information. Sans elle, la partie n'aurait pas sans doute consenti à l'acte. C'est pourquoi la bonne foi exige que toute information utile et déterminante pour le consentement doive être obligatoirement communiquée.

---

<sup>280</sup> Art. 1112 al. 1 du Code civil.

<sup>281</sup> *Ibid.*

**528.** L'autre exigence de la bonne foi est le devoir de confidentialité des informations échangées. L'alinéa 2 de l'article précité prévoit que celui qui utilise ou divulgue une information obtenue dans le cadre d'une négociation encourt une sanction de droit commun. C'est un devoir essentiel qui s'applique même en l'absence d'une clause de confidentialité. Les parties ont aussi intérêt à prévoir des informations confidentielles étant donné que la clause de confidentialité peut elle-même écarter ou limiter les informations confidentielles. La confidentialité des informations empêche l'utilisation de celles-ci dans le cadre d'une concurrence déloyale. Même en cas de rupture des négociations les informations échangées restent confidentielles.

### **B. L'existence d'un devoir de loyauté dans la rupture des négociations**

**529.** Les négociations contractuelles peuvent s'arrêter à tout moment quand les parties décident soit d'un commun accord, soit unilatéralement de les rompre lorsqu'elles viennent tout juste de commencer. En effet, l'entrée en négociation n'implique pas nécessairement une conclusion de l'acte. La liberté de rupture est un principe reconnu dans les négociations précontractuelles faisant écho au principe de la liberté contractuelle. Si l'entrée en négociation et le déroulement des négociations sont libres, la rupture des pourparlers repose sur cette même base. En principe, les parties disposent d'un droit de rupture des pourparlers pourvu qu'elles n'aillent pas à l'encontre des exigences de la bonne foi. La rupture des négociations requiert donc l'exigence de la bonne foi.

**530.** Ainsi, la liberté de rupture n'est pas absolue. En effet, lorsque les négociations atteignent un certain niveau d'avancement, la liberté de rompre est restreinte. L'avancement des négociations implique une certaine abstention de tout comportement qui porterait atteinte à celles-ci. En effet, autant les négociations progressent que naît chez les contractants un espoir de conclure le contrat. Cet espoir est animé par l'intérêt que les parties ont pour le contrat. En outre la quantité, la teneur et la sensibilité des informations échangées laissent apparaître une envie de se projeter. Elles peuvent dans ce sens sceller des accords de promesse de poursuivre les négociations. Ces accords ne portent pas cependant sur l'objet essentiel du contrat. Ils garantissent la poursuite des négociations pour prévenir la mauvaise foi des contractants. Ces accords de principe trouvent leur fondement dans l'exigence de la bonne foi. En fait, l'obtention de ces accords de principe fait naître à la charge des parties une obligation de poursuivre les négociations.

**531.** C'est pourquoi, la liberté de rupture est dans ce sens restreinte dans le but de contrer la mauvaise foi du contractant qui, n'ayant pas l'intention de conclure le contrat laisse perdurer les négociations dans l'optique soit d'obtenir des informations confidentielles, soit d'empêcher son cocontractant d'entrer en négociation avec un autre partenaire. En effet, les raisons de rompre les négociations sont propres à la partie défaillante et nul ne peut reprocher à un contractant le droit de mettre à terme une négociation. Cependant, dès lors que ces raisons ne sont pas valablement justifiées, que la partie rompt délibérément les négociations alors qu'elles ont atteint un certain niveau d'avancement, elle fait preuve de mauvaise foi et doit être sanctionnée sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle.

**532.** Si les parties ont la liberté de rompre les négociations, le solidarisme contractuel voudrait que la rupture soit faite en toute bonne foi. La confiance légitime des partenaires produit par l'état d'avancement des négociations est protégée par le principe de la bonne foi.

**533.** Le droit sénégalais ne va en profondeur quant à l'encadrement des négociations précontractuelles. Le législateur n'a pas explicitement énoncé un devoir de bonne foi à l'égard des pourparlers contractuels mais la volonté de ce dernier à encadrer les négociations peut être inférée de la possibilité offerte au juge d'étendre cette bonne foi au stade des négociations.

**534.** La Haute juridiction de ses décisions a toujours manifesté son désir d'encadrer les négociations précontractuelles en obligeant les partenaires contractuels à observer un devoir de bonne foi dès l'entrée en négociation, pendant le déroulement des négociations et lors de la rupture de celles-ci.

**535.** Le devoir de bonne foi est devenu une obligation pour chaque partie entrant en négociation. Les parties ont un devoir de transparence sur les échanges entretenus durant les négociations sous peine de voir leur responsabilité engagée.

## **Section 2. L'engagement de la responsabilité pour manquement au devoir de bonne foi**

**536.** Le manquement au devoir de bonne foi engendre des effets à l'égard de la partie fautive. Le manquement à la bonne foi dans le cadre de la période des négociations du contrat en droit entraîne une responsabilité contractuelle aussi bien en droit français (§ 1) qu'en droit sénégalais (§ 2).

## **§ 1. L'action en responsabilité pour violation du devoir de bonne foi en droit français**

**537.** Le manquement au devoir d'information précontractuel engage cumulativement deux responsabilités civiles, contractuelle et délictuelle. La plus importante ici est de nature contractuelle, entraînant des conséquences dues au manquement du devoir d'information (**A**). Par ailleurs, la rupture abusive des négociations entraîne la responsabilité de la partie défaillante (**B**).

### **A. L'action en responsabilité pour manquement du devoir d'information**

**538.** La conséquence du manquement au devoir d'information est soumise à la responsabilité contractuelle. L'acte est entaché d'une nullité pour réticence dolosive (**1**) dont une distinction s'impose (**2**).

#### **1. La nullité du contrat pour réticence dolosive**

**539.** L'article 1112-1 nouveau du Code civil précise qu'« outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ».

**540.** Le manquement au devoir précontractuel d'information est sanctionné sur le terrain de la responsabilité civile contractuelle, si l'information déterminante pour le consentement a été révélée après la formation du contrat. « Depuis la fin des années 1980, la Cour de cassation française rattache ainsi à l'exigence de bonne foi dans la formation du contrat l'obligation pesant sur le banquier d'informer la caution sur la situation financière du débiteur principal, et s'en sert pour caractériser le dol par réticence entraînant la nullité du contrat si cette information n'a pas été délivrée »<sup>282</sup>. En l'espèce, qualifiant le manquement au devoir d'information de réticence dolosive<sup>283</sup>, la jurisprudence entend sanctionner le contrat aux mêmes conditions posés par les textes sur les vices du consentement. L'article 1112-1 précise l'information dont l'importance est déterminante pour le consentement. L'obligation d'information est ici assimilable à un vice du consentement que les textes devraient viser à

---

<sup>282</sup> P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », s.d., p. 28.

<sup>283</sup> Cass. civ. 1, 6 janvier 1998, n° 95-19.199, *op. cit.*

cantonner l'obligation du devoir d'information dans les dispositions relatives au vice du consentement.

**541.** Toutefois, il est intéressant de voir dans quel contexte les textes retiennent la réticence dolosive pour une violation d'une obligation d'information. Tout d'abord, l'obligation d'information n'entraîne la nullité du contrat que lorsque le manquement à l'information déterminante pour le consentement est fait de façon intentionnelle. En d'autres termes, pour caractériser de dol un manquement à une obligation d'information, le débiteur de cette information doit avoir manqué sciemment à son devoir de bonne foi. La jurisprudence est très claire sur ce point, que « le manquement au devoir précontractuel de loyauté et de bonne foi ne constitue une cause de nullité du contrat qu'à condition d'avoir provoqué une erreur déterminante, c'est-à-dire d'avoir eu une incidence effective sur le consentement »<sup>284</sup>. La Cour de cassation a réitéré à plusieurs reprises l'existence de dol lorsqu'elle estime dans une autre affaire que « le silence gardé par le cédant sur des informations dont il ne pouvait ignorer l'importance, car elles faisaient peser un aléa sur la pérennité des sociétés cédées, était « nécessairement intentionnel », ce qui permettait de caractériser un dol »<sup>285</sup>.

Ensuite, l'absence d'information peut résulter d'une erreur, sans nécessairement que l'omission de la délivrance de l'information soit intentionnelle. Le juge peut-il le qualifier de réticence dolosive ou d'une simple erreur condamnable sur le terrain de la responsabilité contractuelle ? Dans tous les cas, la nullité du contrat est prononcée dès lors qu'une information est déterminante pour le consentement des parties. Le juge doit cependant évaluer le manquement et endosser la responsabilité de l'auteur fautif selon que le manquement est intentionnel ou non intentionnel. Dès lors que le juge retient que la faute intentionnelle, la responsabilité est cumulée. Une nullité du contrat subordonnée d'une indemnisation. Tandis que la faute non intentionnelle est sanctionnée sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle. La violation du devoir d'information doit remettre en cause la formation du contrat pour que le juge doit rechercher si sans cette erreur, la personne aurait ou non contracté dès lors qu'elle a eu connaissance de l'information. En d'autres termes, pour invoquer une inexécution d'une information, il est nécessaire que le contrat soit conclu afin d'identifier l'erreur.

---

<sup>284</sup> Cass. civ. 1, 27 juin 2018, n° 17-15.039.

<sup>285</sup> Cass. com., 9 janvier 2019, n° 17-28.725.

542. La conclusion du contrat révèle le caractère dolosif d'une information qui se manifeste par l'intention de la victime du dol de recourir à l'annulation du contrat.

Pour prononcer la nullité, le juge doit rechercher qu'elle a été vraisemblablement l'intention de l'auteur qui a manqué à son devoir de loyauté pour évaluer la responsabilité, qui peut se jouer à la fois sur le terrain de la responsabilité contractuelle et celui de la responsabilité délictuelle.

## 2. La nécessité d'une distinction entre la nullité absolue et la nullité relative

543. La nullité revêt deux caractères distincts : absolu et relatif. Cette distinction binaire repose non seulement sur des critères permettant d'identifier les nullités selon l'ampleur ou la gravité de la transgression de la condition de validité de l'acte, mais également permet de mieux cerner les caractéristiques propres à chacune d'elle.

544. La recherche d'éléments de distinction entre la nullité absolue et la nullité relative précède la consécration du Code napoléonien. Les critères de distinction se sont supplantés au fil des siècles pour enfin être retenu que d'un seul d'entre eux faisant l'objet de consécration légale. Ainsi, le critère classique dit de la gravité du vice et celui moderne dit du but de la règle violée sont les principaux critères reconnus par la doctrine, les textes et la jurisprudence. Ainsi sont distingués le critère classique de la gravité du vice et du critère moderne du but poursuivi.

545. Ce critère, qui a vu le jour au XIX<sup>e</sup> siècle, est une œuvre doctrinale<sup>286</sup> même si certains auteurs offrent cette possibilité de consécration aux rédacteurs du Code civil qui ont d'ailleurs rejeté l'idée d'une consécration d'une distinction binaire des nullités<sup>287</sup>.

---

<sup>286</sup> Ce sont des auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle qui en sont les précurseurs, parmi lesquels figurent majoritairement ceux de l'Ancien droit et ceux qui ont tiré leurs enseignements sur le Code civil. Voir à ce propos Anne-Sophie LEBRET, *La distinction des nullités relatives et absolues*, Thèse, Droit, Paris, 2015 p. 40 et s.

<sup>287</sup> Anne-Sophie LEBRET, *op. cit.*, p. 37 et s. : en se basant sur leurs enseignements, les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle ont pu présumer que la distinction binaire selon la gravité du vice est d'origine légale. Le manque de clarté dans la distinction des nullités par le législateur et les approches relativement communes à celles de la doctrine, prête à confusion quant à la consécration légale de la distinction binaire des nullités dans Code civil. Cela suscite une controverse doctrinale qui divisent les avis des auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle. Néanmoins, le législateur ne manque pas de précisions en admettant que la distinction binaire des nullités n'a pas de fondement légal reposant sur le critère de la gravité du vice. Le Code civil ne retient pas comme critère la gravité du vice pour distinguer les nullités. L'émergence d'une distinction binaire des nullités fondé sur la gravité du vice est l'œuvre de la doctrine.



**546.** En effet, le critère de la gravité du vice est le second critère de distinction binaire des nullités défini par la doctrine, après qu'il a eu à supplanter le critère de « l'intérêt poursuivi », paru au XVI<sup>e</sup> siècle. S'agissant du critère de la gravité du vice, les auteurs de cette époque comparent l'acte entaché de nullité à une pathologie, souffrant ainsi de différents maux plus ou moins graves. Ainsi reposant sur la gravité du vice, ce critère distingue « l'acte annulable » de « l'acte inexistant », pour qualifier la distinction actuelle de la nullité relative et de la nullité absolue. Lorsque la condition méconnue impacte l'existence de l'acte, l'acte est nul donc inexistant ou mort-né. En revanche lorsque la condition transgressée impacte la validité de l'acte, celui-ci est annulable ou guérissable<sup>288</sup>. Le critère de la gravité du vice n'a malheureusement pas fait un grand progrès. Il a fait l'objet de critiques par la doctrine de la théorie moderne qui le voit comme un critère qui manque de souplesse. Selon ces auteurs, le critère de distinction binaire des nullités ne réside pas dans la gravité du vice affectant l'acte, mais demeure plutôt dans la recherche de la finalité poursuivie par la règle violée. En outre, d'origine doctrinale, le critère de la gravité du vice ne bénéficie pas d'un fondement solide, d'autant plus que le législateur refuse de le consacrer. Par son manque de caractère opératoire, il fut très précaire car il fut supplanté à son tour par le critère de « l'intérêt poursuivi ». Toutefois, son applicabilité par sa jurisprudence fut très récente<sup>289</sup>.

**547.** Le critère classique a été ainsi progressivement abandonné au profit du critère de « l'intérêt poursuivi » par le législateur. Les auteurs de ce critère abandonnent toute idée de distinction binaire et se fondent sur le but poursuivi par le législateur. En définissant l'intérêt protégé comme étant le but poursuivi par le législateur, les auteurs JAPIOT et GAUDEMET consacrent la théorie « moderne » des nullités<sup>290</sup> à travers les intérêts que le législateur envisage de sauvegarder. Dès lors, en fonction du but poursuivi par le législateur, ressortent un intérêt privé ayant pour but de protéger l'individu et un intérêt général qui a pour objectif la protection de l'intérêt général. Cette distinction par le but poursuivi donne lieu à une distinction binaire, celle de la nullité relative d'une part et d'autre part la nullité absolue, qui cette fois découle du critère de la règle violée sous l'empire de la réforme de 2016.

---

<sup>288</sup> Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. 1, 1<sup>e</sup> éd., 1846, n° 240.

<sup>289</sup> Cass. com., 23 octobre 2007, n° 06-13.979.

<sup>290</sup> François CHENEDE, « Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations, innovations, perspectives », Dalloz, 2016, p 121.

**548.** Dans la théorie moderne, « la nullité ne consiste pas dans un état pathologique de l'acte »<sup>291</sup>. Elle repose sur la recherche de la finalité de la règle transgressée. Ici le but ou la finalité poursuivie par le législateur. Si la règle transgressée protégeait l'intérêt général, la nullité est absolue ; si elle protégeait l'intérêt particulier d'une partie, elle est au contraire relative<sup>292</sup>.

Ce critère retenu par l'ordonnance ne fait pas l'objet d'unanimité entre la loi et la jurisprudence. En effet, elles ne partagent pas le même sentiment en ce qui concerne la définition de l'intérêt transgressé et la nullité qui lui est propre. L'idéal serait que la nullité absolue condamne la transgression de l'intérêt général et la nullité relative sanctionne une violation de l'intérêt privé.

Tandis que la loi cantonne la nullité relative à des cas seulement particuliers et met en avant la nullité absolue comme étant le droit commun des nullités, la jurisprudence s'oppose à l'idée de mettre en avant la nullité absolue et prime l'intérêt privé tout en essayant de gommer l'intérêt général.

**549.** S'agissant de la position de la loi, l'intérêt général prime sur l'intérêt privé car la protection des intérêts est avant tout une protection d'intérêt social<sup>293</sup>. Par conséquent, en protégeant un intérêt général, est protégé par la même occasion un intérêt privé. L'intérêt général englobe l'intérêt privé, ce dernier se diluant dans l'intérêt général. Ainsi, lorsqu'une règle transgressée protège à la fois un intérêt général et un intérêt privé, c'est la nullité absolue qui s'applique, cantonnant ainsi la nullité relative à des hypothèses particulières. Cette primauté de l'intérêt général est constatée dans des situations intermédiaires où le contrat transgresse une règle protectrice d'un intérêt collectif, l'intérêt social par exemple, qui n'est pas purement privé sans être pour autant général<sup>294</sup>. La nullité relative opère dans les seuls cas où un intérêt privé est transgressé. La primauté de la nullité absolue raréfie de plus en plus la nullité relative car toutes les règles protégeant l'intérêt général sauvegardent par la même occasion un intérêt privé. Comme exemple, les règles de protection du consommateur sont d'intérêt général et pourtant, elles ont la finalité de protéger l'intérêt du consommateur en particulier. Dans cette situation, la loi préfère comme sanction à la violation des règles de protection du consommateur, la nullité absolue, en l'espèce la lutte contre les clauses

---

<sup>291</sup> Jean-Baptiste SEUBE, « les critères de distinction entre la nullité relative et la nullité absolue », *Revue des contrats*, 2019, n° 03, p. 137.

<sup>292</sup> Art. 1179 du Code civil.

<sup>293</sup> Jean-Baptiste SEUBE, « Le critère de distinction entre les nullités absolue et relative », *op. cit.*

<sup>294</sup> Laurent AYNES, Les nullités absolues : quel avenir ? *Revue des contrats*, 2019, n° 03, p. 128.

abusives. Toutefois, pour donner vie à la nullité relative, la loi la confère comme régime de sanction des vices du consentement et d'incapacité.

S'agissant de la jurisprudence, c'est plutôt le sens inverse. Elle prône pour la nullité relative qu'elle met en avant. Pour la jurisprudence, l'intérêt général vient après l'intérêt privé. Autrement dit, lorsqu'une règle protège à la fois un intérêt privé et un intérêt général, c'est la nullité relative qui est mise en œuvre. Pourquoi cette position de la jurisprudence ?

**550.** Elle ne cantonne pas la nullité relative aux seuls cas particuliers comme le prévoit la loi mais admet qu'en cas de méconnaissance d'une règle qui sauvegarde à la fois un intérêt général et un intérêt privé, c'est la nullité relative qui s'applique<sup>295</sup>. En admettant la priorité de la nullité relative, le juge cantonne l'intérêt général, aux seules règles spécialement fondamentales et opte pour l'aspect contractuel liant les parties : « le privé ». Ainsi, en application de l'article 1179 du Code civil sur la théorie des nullités, l'intérêt privé est sanctionné par la nullité relative.

**551.** L'aspect contractuel anime la jurisprudence dans sa prise de position. La protection des intérêts passe avant tout par la protection des parties au contrat, d'où le choix de la nullité relative en cas de transgression d'une règle qui sauvegarde à la fois l'intérêt privé et l'intérêt général.

Les critères de la distinction binaire des nullités se sont succédé en se supplantant dans le temps pour enfin en retenir que le critère du but de la règle violée. Même codifié, ce critère ne fait pas l'unanimité entre de la loi et la jurisprudence qui, divergent sur la primauté de l'intérêt protégé.

**552.** Dès lors que la jurisprudence et la loi s'opposent sur la primauté des critères de distinction, il y a lieu de s'interroger sur le régime des sanctions applicables à la violation de chacune de ces intérêts protégés.

**553.** Poursuivant des intérêts différents, il est certain que la nullité absolue et la nullité relative ne revêtent pas les mêmes caractères. La nullité relative et la nullité absolue ont un régime différent eu égard aux titulaires de l'action en nullité. Le titulaire de l'action en nullité dépend ainsi de l'intérêt protégé faisant l'objet de violation. Comme la nullité relative œuvre

---

<sup>295</sup> Cass. ch. mixte, 24 février 2017, n° 15-20411 : La méconnaissance des articles 7, alinéa 1, de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et 72, alinéa 5, du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 est sanctionnée par une nullité relative.

pour la sauvegarde de l'intérêt privé, il a un caractère souple, laissant à son titulaire une liberté d'agir en nullité, soit de renoncer cette nullité tandis que la nullité absolue dispose d'un caractère rigide, œuvrant pour l'ordre public de direction, protégeant l'intérêt général.

**554.** Instrument judiciaire d'anéantissement d'un contrat entaché de vices et d'incapacité d'une part et sanctionnant la violation de l'ordre public de protection d'autre part, la nullité relative œuvre pour les particuliers. Par conséquent, l'action en justice pour cause de nullité relative intéresse à la partie que la loi envisage protéger. Autorisant à la seule partie dont les intérêts sont en jeu d'agir en justice, le législateur laisse le choix à celle-ci de décider du sort de ses intérêts. C'est tout l'intérêt de la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative. L'auteur d'une action en justice d'une nullité relative dispose de deux possibilités : l'une consiste à demander le juge de prononcer la nullité et l'autre, la possibilité de sauvetage du contrat frappé de nullité relative par la confirmation de l'acte.

**555.** L'action en justice de la nullité relative entre en œuvre dès lors que l'intérêt privé a été transgressé. Seule la partie dont l'intérêt est protégé agit en nullité. Il en va ainsi de l'incapable, du représenté (dans le cadre de la représentation), de l'*errans* et dans certaines hypothèses, le tiers contractant<sup>296</sup>.

**556.** Le titulaire de l'action en nullité peut toutefois renoncer à la nullité en confirmant l'acte entaché. Par exemple, lorsqu'un consentement a été donné par erreur, l'*errans* peut toutefois s'il le souhaite, renoncer à la nullité et approuver son consentement. Le contrat devient valide dès que l'*errans* montre clairement son intention de confirmer l'acte entaché de nullité. D'ailleurs, l'article 1182 prévoit que la confirmation vaut validité du contrat dès lors que le confirmant a eu connaissance du vice et l'intention de réparer son erreur. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation traite la question de la confirmation dans un contrat de cautionnement solidaire conclu par une banque et une société, faisant l'objet de nullité pour non-respect des mentions manuscrites exigées par le nouvel article L 331-2 du Code de la consommation<sup>297</sup>. Ayant conscience de l'oubli de cette mention manuscrite, la banque avait fait rédiger un deuxième acte de cautionnement comportant cette fois ces mentions. Lors de l'action en justice, les cautions ont fait valoir la nullité du contrat pour défaut de mentions manuscrites. Mais la Cour d'appel quant à elle, déclare que l'acte nul a été confirmé en se

---

<sup>296</sup> Art. 1180 à 1181 du Code civil.

<sup>297</sup> Cass. com., 28 février 2018, n° 16-1934.

basant sur le second acte rédigé par la banque, qui lui, cette fois contient les mentions exigées. La Cour de cassation censure l'arrêt rendu par la Cour d'appel rappelant que la confirmation consiste en la régularisation d'un acte nul à condition que le confirmant ait la connaissance du vice et qu'il ait l'intention de le réparer<sup>298</sup>.

**557.** Par ailleurs, quand bien même elle œuvre dans l'intérêt privé des parties, la nullité relative peut avoir plusieurs titulaires et la renonciation par l'un d'eux n'empêche pas les autres d'agir en justice. Ainsi l'ordonnance de 2016 donne cette possibilité d'agir en nullité, outre les contractants, les représentés, les tiers contractants, les héritiers. Par exemple, dans le cadre de la représentation, l'article 1156 prévoit qu'en cas d'abus de pouvoir du représentant dans l'exercice des pouvoirs de représentation qui lui ont été conférés dans le cadre d'un mandat, l'action en nullité est inopposable au représenté, mais le seul titulaire habilité à intenter une action en nullité relative est le tiers contractant. Ainsi lorsqu'un mandataire agit sans pouvoir, c'est le tiers contractant qui a intérêt à agir. Toutefois, la jurisprudence sort du cadre dessiné par la loi, s'agissant du titulaire de l'action en justice dans le cadre de la représentation. Tandis que la loi déclare le tiers contractant comme étant le titulaire de l'action en nullité relative par l'intermédiaire de l'article 1156, la jurisprudence quant à elle déclare qu'en cas d'abus de pouvoir du mandataire, c'est le représenté qui agit en nullité.

**558.** En effet, dans un arrêt rendu par la Cour de cassation, il s'agissait d'une demande en nullité d'un contrat de mandat conclu sans pouvoir. En l'espèce, le président d'une association avait vendu un bien immobilier de cette association à une société et les adhérents de cette association intentent une action en nullité arguant que le représentant a consenti sans pouvoir. Considérant qu'ils ont intérêt à agir en demandant la nullité du contrat, la Cour rejette la demande en affirmant qu'en l'absence de pouvoir du mandataire, seule la partie représentée, ici l'association qui doit agir en nullité. Les adhérents de l'association étant tiers au contrat, ils ne peuvent donc agir en nullité<sup>299</sup>.

**559.** Néanmoins, c'est un arrêt inédit de la Cour de cassation qui ne mérite pas d'attention excessive mais il est important de noter la différence des solutions retenues par la jurisprudence et la loi.

---

<sup>298</sup> *Ibid.*, Art. 1182 du Code civil.

<sup>299</sup> Cass. civ. 1, 28 février 2018.

Il importe de rappeler que depuis l'ordonnance de 2016, des actions dites interpellations interrogatoires sont en faveur des parties sans passer par le juge, permettant aux parties d'anticiper sur la nullité relative. Ainsi, l'une des parties a la possibilité de demander à l'autre si elle compte se prévaloir de la nullité dans un délai de 6 mois, faute de quoi, elle ne peut plus agir en nullité<sup>300</sup>.

**560.** La nullité absolue constitue une sanction plus lourde que la nullité relative. La nullité absolue sanctionne la violation de l'intérêt général. C'est pourquoi, la titularisation de l'action en nullité est ouverte à tout intéressé pouvant agir en justice.

Aux termes de l'article 1180 du Code civil, « la nullité absolue peut-être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public ». L'ordre public de direction protège l'intérêt général de l'Etat. Ainsi ouverte au public, toute personne ayant un intérêt à agir en justice peut saisir le juge pour exercer l'action en nullité absolue y compris le ministère public qui agit pour la défense des intérêts de l'Etat. Contrairement à la nullité relative, la nullité absolue ne fait pas l'objet de confirmation. En d'autres termes un titulaire d'une action en nullité absolue ne peut pas battre en brèche la nullité sanctionnant la violation d'une règle d'intérêt général. En d'autres termes, elle ne peut faire l'objet de confirmation. S'il n'est pas possible de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public de direction et les bonnes mœurs, la nullité s'impose de plein droit et nul ne peut revenir sur l'acte qui a dérogé l'ordre public. En présence d'une violation de l'ordre public de direction, la nullité demeure absolue<sup>301</sup>.

**561.** Toutefois, depuis la réforme, la jurisprudence multiplie les revirements et se heurte sans cesse aux dispositions légales portant sur le critère moderne de distinction des nullités. La Cour de cassation repense à l'ensemble des nullités et ne s'inspire plus des dispositions retenues par la loi. Ainsi, par un arrêt rendu par la Cour, le cautionnement des dettes d'un associé consenti par une société était censuré d'une nullité absolue alors que la règle transgressée n'avait pas pour protection un intérêt général. L'intérêt en cause était celui de la société, plus précisément celui des associés, un intérêt privé<sup>302</sup>.

Il en va de même dans un revirement jurisprudentiel dans lequel la troisième chambre civile soutient que « la nullité d'ordre public encourue pour le non-respect des règles impératives

---

<sup>300</sup> Art. 1183 du Code civil.

<sup>301</sup> Cass. civ. 3, 22 mars 2018, n° 17-15830.

<sup>302</sup> Cass. civ. 1, 18 octobre 2017, n° 16-17184.

régissant la vente d'immeuble à construire est relative, l'objet étant d'assurer la seule protection de l'acquéreur »<sup>303</sup>.

**562.** La nullité absolue est lourde de sanction quand bien même la jurisprudence applique la violation des règles impératives au régime de la nullité relative. Quoiqu'il en soit, la qualification de nullité absolue perd une partie de son intérêt étant donné que la loi a rétréci le délai de prescription de l'action en nullité absolue de 5 ans, faisant un délai de droit commun des nullités. Toutefois, elle conduit aujourd'hui encore à admettre la possibilité d'agir à toute personne justifiant d'un intérêt, et à bannir toute confirmation de l'acte entaché de nullité absolue.

**563.** Pour finir, la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative est-elle pertinente ?

**564.** Quand la loi propose des solutions, en l'occurrence la répartition des nullités, le juge doit obéir. Mais qu'arrive-t-il lorsque la loi ne protège pas le pur intérêt privé dans les situations intermédiaires d'intérêt social ? Ou lorsque le juge prône pour l'intérêt privé dans les situations intermédiaires entre l'intérêt privé et l'intérêt général ? Si la jurisprudence et la loi retiennent le critère moderne de la distinction des nullités, elles ne font pas cependant l'unanimité sur le régime des sanctions applicable à la violation des règles de protection des intérêts. Ce critère est dénué de pertinence dès lors que la jurisprudence ne s'inspire pas de la loi en essayant de gommer l'intérêt général au profit de l'intérêt privé<sup>304</sup> et paradoxalement applique le régime de la nullité absolue à la violation de l'intérêt privé<sup>305</sup>.

**565.** Toutefois, il convient de retenir que la nullité absolue peut être considérée comme une nullité-sanction tandis que la nullité relative peut être vue comme un nullité-remède. Les conséquences du contrat annulé visent à remplacer les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la signature de l'acte. Ainsi, le jeu des restitutions a tendance à s'appliquer si le contrat a connu un début d'exécution. En effet, chacune des parties doit restituer en réciprocité ce qu'il a reçu en contrepartie.

---

<sup>303</sup> Cass. civ. 3, 4 octobre 2018, n° 16-22095.

<sup>304</sup> Cass. ch. mixte, 24 février 2017, n° 15-20411 : La méconnaissance des articles 7, alinéa 1, de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et 72, alinéa 5, du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 est sanctionnée par une nullité relative, *op. cit.*

<sup>305</sup> Cass., n° 16-17184, *op. cit.*

## B. L'action en responsabilité extracontractuelle pour rupture abusive

566. Le manquement au devoir de loyauté dans les négociations précontractuelles engendre des effets à l'égard de son auteur. Qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, le négociateur fautif doit répondre de ses actes. L'indemnisation de la victime sous forme de dommages-intérêts reste la solution classique (2). Cependant, quand bien même la rupture abusive entraîne une faute, le juge ne prend pas en compte comme préjudice réparable, les opportunités attendues du contrat ou la perte de chance de les obtenir (1).

### 1. Le juge et le préjudice matériel causé par la rupture abusive des pourparlers

567. La jurisprudence a admis la faute commise dans le cadre de l'exercice abusif du droit de rompre les pourparlers. Par conséquent, elle écarte tout préjudice réparable dû par l'auteur de la rupture fautive, consistant dans la réclamation des avantages attendus du contrat non conclu<sup>306</sup>.

568. D'abord, la jurisprudence a rejeté la réparation du préjudice en attestant que « les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser des gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat »<sup>307</sup>. Selon la jurisprudence, la rupture des négociations ne peut avoir comme réparation les avantages qu'auraient eu le négociateur si le contrat avait été conclu. Pour motiver sa position, le juge affirme que la sanction ne résulte pas de la rupture (elle-même) abusive des négociations mais plutôt de la faute commise dans le cadre de l'exercice du droit de rompre. Or, les circonstances constitutives de la faute, en l'occurrence, (rompre le contrat alors que les négociations ont assez avancé, la violation de la confiance légitime, la perte des frais et coûts engagés, les accords de négociations annulés), ne peuvent être une cause de préjudice réparable, résidant dans une chance d'obtenir des gains manqués. En d'autres termes, les circonstances constitutives de la faute ne représentent pas les avantages qu'attend le négociateur une fois le contrat conclu. Le juge justifie ainsi sa position en affirmant que le défaut de lien de causalité entre le préjudice et la faute fait obstacle à la réparation qui consiste à obtenir les gains manqués. L'absence de lien de causalité entre le préjudice et la

---

<sup>306</sup> Cass. com., 26 novembre 2003, n° 00-10.243.

<sup>307</sup> *Ibid.*



faute reste la source de motivation majeure du juge quant au rejet de l'indemnisation du préjudice consistant à réclamer des avantages attendus de la conclusion du contrat.

**569.** Il s'en déduit que le seul préjudice pouvant faire appel à une compensation consistant dans l'obtention des gains manqués et pouvant être invoqué par le négociateur victime d'une rupture abusive, demeure dans la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers. En effet, dans l'hypothèse où des négociations auraient été menées en parallèle entre la victime et un tiers ayant la volonté de conclure un contrat, d'une part, et de l'autre part entre le négociateur fautif de la rupture abusive qui n'avait pas montré son intention de rompre le contrat, maintenant ainsi la poursuite des pourparlers en installant dans l'esprit de son partenaire une volonté ferme et définitive de conclure un accord et créant chez celui-ci une confiance légitime, à telle enseigne que ce dernier rompt les pourparlers entretenus en parallèle avec le tiers, espérant que le contrat allait se former. Si une rupture brutale et unilatérale survient dans ces conditions, la victime a perdu les gains qu'elle aurait pu obtenir si elle avait conclu l'accord avec le tiers. De même, dans l'hypothèse où une négociation en parallèle n'a pas été menée, et que le négociateur fautif qui, dès le départ n'avait pas mis en demeure son contractant de son intention de rompre les pourparlers, le plongeant dans des négociations inutiles, si la victime peut espérer des avantages que permettait la conclusion du contrat, ce serait avec un tiers dont il aurait pu trouver un accord, s'il n'avait pas engagé inutilement des négociations. C'est dans ces circonstances que peut être abordée la question du préjudice réparable qui constitue le gain manqué et la perte de chance de les obtenir avec le tiers. En d'autres termes, permettent la réparation du préjudice, les « opportunités perdues de conclure un contrat avec un tiers »<sup>308</sup>. Encore faut-il que le contrat soit susceptible d'être conclu avec ce tiers.

**570.** C'est pourquoi la jurisprudence est restée ferme sur sa décision de rejet de l'indemnisation en considération des gains manqués et la perte de chance de les obtenir, si le contrat n'a jamais vu le jour, faute de lien de causalité entre la faute et le préjudice. Logiquement, un contrat produit des effets que lorsqu'il est formé. En l'espèce, il est impossible de faire produire des effets à un contrat qui n'a jamais vu le jour, sans prendre en compte les imprévisions qui pourraient bouleverser l'équilibre de l'économie du contrat. Dans ces circonstances, la réparation d'un préjudice fondée sur des gains manqués serait une

---

<sup>308</sup> Bertrand FAGES, « La conclusion du contrat et les vices du consentement dans la loi de ratification », *Revue des Contrats*, 2018, n° 115, p. 15.

injustice contractuelle. En outre, il est possible de s'appuyer sur le fait que même si les négociations avaient connu du succès, le contrat n'aurait pas été conclu, quel que soit le cas, étant donné que le négociateur qui a rompu unilatéralement et brutalement les négociations n'avait clairement pas pour l'intention de conclure un contrat. Que la rupture soit de bonne ou de mauvaise foi, le préjudice réparable selon la jurisprudence ne réside pas dans l'octroi des avantages espérés de l'accord.

**571.** La doctrine et la jurisprudence ont pendant longtemps été mitigées sur la nature de l'indemnisation du préjudice réparable. Certains auteurs avancent que le contrat qui n'a jamais été conclu ne peut produire des effets consistant dans la réparation d'un préjudice issu d'une faute de rupture abusive. Cette doctrine rejoint la jurisprudence Manoukian sur le rejet de la réparation du préjudice reposant sur la perte de chance d'obtenir les avantages attendus du contrat. D'ailleurs, cette jurisprudence est venue mettre à terme toutes les controverses existantes sur les chefs de préjudice réparable. Sur ce fait, la réforme est du même avis avec la jurisprudence, consacrant à son article 1112 nouveau qu'« en cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat, ni la perte de chance d'obtenir ses avantages ». Certains auteurs déclarent que le négociateur victime peut réclamer comme indemnisation de dommages et intérêts, les gains manqués pouvant être regardés comme un préjudice réparable, les frais, les coûts, et les investissements engagés inutilement<sup>309</sup>. Cependant, le juge n'exclut pas cette possibilité d'indemniser la victime pour les frais engendrés lors des négociations, ce qui conduit sur le terrain de la responsabilité délictuelle reposant sur l'allocation des dommages et intérêts à la partie lésée.

## **2. L'indemnisation de la perte de la chance**

**572.** La réparation du préjudice matériel implique pour l'auteur responsable d'un dommage, l'indemnisation sous forme de dommages-intérêts de la victime subissant le préjudice. Ainsi « le fait de rompre des pourparlers dans le cadre d'une négociation contractuelle peut constituer un abus de droit fautif, ouvrant droit à indemnisation sur le fondement de l'article 1240 du Code civil »<sup>310</sup>. Si les négociations doivent répondre aux exigences de bonne foi, la violation de cette obligation implique des sanctions. L'article 1112-1 sous-entend cette sanction devant

---

<sup>309</sup> Adra ZOUHAL, « Réforme du droit des obligations : les négociations précontractuelles », *op. cit.*

<sup>310</sup> Samuel GOLDSTEIN, « Article 1382 (nouveau 1240) du Code Civil : Le guide », Legal Place, s.d.

être prononcée dans le domaine de la responsabilité civile extracontractuelle, pour « celui qui en était tenu »<sup>311</sup>. Ainsi, la responsabilité civile implique la réparation d'un dommage. En l'espèce, la perte de chance pour le négociateur victime, de conclure un contrat avec un autre et la perte de chance pour le négociateur victime d'éviter le dommage. La perte de chance est donc le dommage causé par la faute qui nécessite réparation. Pourquoi indemniser la perte de chance ? Et comment l'indemniser ?

**573.** D'abord, un préjudice a été causé entraînant inévitablement une réparation donnant droit à une indemnisation. En effet, la chance qu'aurait eu le négociateur à contracter avec un tiers a été entraînée par la faute. Si la faute n'existait pas, le négociateur aurait eu la chance d'obtenir un contrat avec un tiers ou aurait eu tout simplement la chance d'éviter le dommage. Par exemple, si le débiteur d'une information déterminante sur le consentement la dissimule au moment des négociations et qu'après conclusion, le créancier découvre qu'une information lui était due par son cocontractant, demandant ainsi l'annulation du contrat pour faute. La faute retenue a entraîné un dommage : un dommage qualifié comme une perte de chance. Non seulement une perte de chance d'éviter la conclusion du contrat si l'information était délivrée mais également une perte de chance de conclure avec un tiers si la faute n'avait pas entraîné le négociateur dans la conclusion du contrat annulé.

Un autre exemple concerne l'auteur d'une rupture abusive, où la perte de chance est beaucoup plus éminente. La victime d'une rupture abusive a perdu non seulement la chance de conclure le contrat qu'il a négocié avec ampleur mais également a perdu la chance de conclure un contrat avec un tiers. En effet, la faute consistant dans la rupture brutale et unilatérale des pourparlers constitue une perte de chance de conclure un contrat dans les deux cas. Donc la perte de chance est un dommage qui donne droit à une indemnisation.

**574.** Puis, il faut procéder à une évaluation du dommage. Le calcul de l'indemnisation doit tenir compte de la nature du préjudice qui constitue la perte de chance, car la chance peut être plus ou moins probable et l'indemnité doit prendre en compte cette probabilité.

L'appréciation de l'indemnisation de la perte de chance ressort de la souveraineté du juge du fond en la matière. Le juge évalue le préjudice et fixe le montant de l'indemnisation selon la nature du préjudice. « L'évaluation du préjudice spécifique dépend de l'importance que

---

<sup>311</sup> Nouvel article 1112-1 du Code civil.

représentait la chance effectivement perdue, de l'ampleur de la probabilité du dommage »<sup>312</sup>.  
Comment le juge procède-t-il alors à l'évaluation du dommage ?

**575.** S'agissant de l'indemnisation d'un dommage causé par l'annulation du contrat, donc de la violation du devoir d'information, le calcul se fait selon et en fonction de la probabilité de la chance le jour où le juge statuera. Par exemple, si un bien a été vendu à 400.000 euros (dol) mais que le bien valait en réalité 200 000 euros, l'acheteur a été victime d'un dol. Imaginons que le jour où le juge statue sur le préjudice, le bien ne vaut plus que 100.000 euros. Supposons maintenant que l'acheteur aurait pu conclure un contrat avec un tiers avec une probabilité de 60 % où le bien vaut 400.000 euros. Mais, au jour où le juge statue, il en vaut 800.000 euros (chance). « Si l'acheteur demande l'annulation du contrat conclu sur le fondement du dol, il a droit d'être remboursé du prix de vente et d'être indemnisé de la perte de chance de tirer profit de l'achat de l'autre bien »<sup>313</sup>. Le manque à gagner aurait pu être 800.000 euros (chance) déduit de 400.000 euros (dol) = 400.000 euros, qu'il faut multiplier à la probabilité de la perte de chance (60 %) qui équivaut à 240.000 euros. Donc l'indemnisation totale de la perte de chance serait égale au manque à gagner 400.000, qu'il faut additionner à 240.000 euros de dommages-intérêts soustraits de 100.000 euros de restitution (prix réel du bien au jour où le juge a statué). En somme, il lui revient 540.000 euros d'indemnisation.

Ce procédé est valable pour le dommage causé par une rupture abusive des pourparlers. Le préjudice subi inclut les frais occasionnés par les négociations et les investissements et études préalables auxquels il s'est engagé, ainsi que la perte de chance de conclure avec un tiers.

Voilà comment « le préjudice ne pouvait, en l'espèce, résulter que de la perte d'une chance de ne pas contracter avec un tiers »<sup>314</sup>, accompagnés des dommages-intérêts ainsi que les frais, coûts, et investissements engagés.

En d'autres termes, « il s'agit de venger l'intérêt négatif »<sup>315</sup>. L'intérêt négatif devrait donc servir de base pour l'évaluation du préjudice subi par le négociateur victime.

**576.** L'exigence du devoir de bonne foi dans les négociations précontractuelles fait appel au devoir d'information, de confidentialité et surtout de loyauté dont la violation encourt des

---

<sup>312</sup> Mireille HEERS, « L'indemnisation de la perte d'une chance », *Gazette du Palais*, 2000, n° 7, p. 87.

<sup>313</sup> Olivier DESHAYES, « Le dommage réparable en cas de dol dans la formation du contrat », *Revue des contrats*, 2013, n° 1, p. 91.

<sup>314</sup> Cass. civ. 1, 25 mars 2010, n° 09-12895.

<sup>315</sup> Olivier DESHAYES, « Le dommage réparable en cas de dol dans la formation du contrat », *op. cit.*

sanctions en responsabilité civile. Si les négociations sont aujourd'hui beaucoup plus encadrées, elles doivent leur succès à la bonne foi, instaurée par le juge. Par conséquent, la réussite des négociations et la conclusion du contrat ne garantit pas toujours l'exécution du contrat. L'étape de la formation obéit à des règles et principes, en l'absence desquels, le contrat risque de ne pas voir le jour.

## **§ 2. L'action en responsabilité contractuelle pour violation du devoir de bonne foi en droit sénégalais**

577. Quand bien même le droit sénégalais est resté silencieux sur la période qui précède la formation du contrat, la violation du devoir de bonne foi lors des négociations précontractuelles n'est pas sans conséquence sur son auteur. D'ordre public, la bonne foi responsabilise automatiquement tout comportement qui irait à l'encontre de ses exigences. C'est pourquoi, le manquement du devoir d'information entraîne une sanction (A) aussi bien que la rupture abusive des pourparlers (B).

### **A. L'action en responsabilité pour violation de l'obligation d'information**

578. Deux catégories de sanctions sont soumises au débiteur d'une information qu'il a manqué de communiquer : la mise en œuvre de la responsabilité du débiteur de l'information et la nullité du contrat pour réticence dolosive.

579. Toutefois, les sanctions ne sont pas nécessairement cumulatives. Le juge peut en plus de la mise en œuvre de la responsabilité du débiteur de l'information, prononcer la nullité du contrat si nécessaire. Le but, ne pas porter atteinte à un contrat valablement formé en plus de la bonne foi de la partie lésée. C'est pourquoi, le juge priorise l'engagement de la responsabilité du débiteur de l'information à la nullité. Cette dernière n'étant pas automatique, elle est subordonnée à la condition que l'obligation d'information donne lieu un vice du consentement. Dans ce cas, le juge retient la réticence dolosive et la nullité du contrat peut être encourue. Mais il faut garder à l'esprit que la nullité du contrat n'est pas la sanction visée par la juge *a priori*.

580. S'agissant de l'engagement de la responsabilité du débiteur de l'information, il est raisonnable d'admettre qu'il peut être réalisé sur le terrain de la responsabilité

extracontractuelle en se référant à la période qui précède la conclusion du contrat et sur le terrain de la responsabilité contractuelle si l'obligation d'information donne lieu à un vice du consentement.

**581.** Mais dans tous les cas, l'obligation d'information est une obligation légale. Par conséquent, le débiteur de l'obligation d'information est engagé sur le terrain de l'obligation délictuelle. Le créancier de l'obligation peut alors obtenir réparation de son préjudice qui consiste en l'octroi de dommages et intérêts.

Le préjudice est également réparable dès lors que le devoir de confidentialité n'a pas été respecté par les parties. L'utilisation ou la divulgation d'information obtenues dans le cadre d'une négociation est punie et son auteur encourt des sanctions civiles ou pénales. L'auteur est exposé à une peine ou au paiement d'une somme considérable à titre de dommages et intérêts en fonction de l'ampleur des informations divulguées.

### **B. L'action en responsabilité extracontractuelle pour rupture abusive**

**582.** Le droit sénégalais n'a pas expressément consacré le principe de la rupture abusive des pourparlers mais la liberté de rompre les négociations reconnue aux contractants n'est pas absolue eu égard de la bonne foi, ce qui signifie que la rupture abusive constitue une entrave à la bonne foi. C'est au juge qu'il revient d'apprécier souverainement les circonstances dans lesquelles la rupture est survenue.

**583.** Pour caractériser cet abus, il doit tenir compte d'un certain nombre de critères.

La brutalité de la rupture : quand bien même la liberté de rupture est reconnue, il est judicieux d'informer à l'avance l'autre contractant de son intention de rompre. Relève de la mauvaise foi, le comportement de tout contractant qui consiste à rompre brutalement les négociations sans que cela soit prévisible alors qu'elles étaient très avancées et des frais de négociations ont éventuellement été engagés. Le caractère très soudain et non prévisible de la rupture entraîne un engagement de la responsabilité de son auteur.

**584.** L'attente légitime de l'autre partie en la conclusion du contrat : l'avancée des négociations et l'implication des frais de négociations engendre une confiance légitime chez l'autre partie dans l'attente de la conclusion du contrat. En effet, lorsque les négociations atteignent un niveau très avancé de telle sorte que des frais ont été engagés, toute rupture qui

survient dans ces circonstances est considérée comme abusive au nom des exigences de la bonne foi.

**585.** La durée et l'état d'avancement des pourparlers : lorsque les négociations viennent tout juste de démarrer, c'est la liberté de rompre qui l'emporte. Quand les négociations arrivent à un degré très élevé, cette liberté de rompre est considérablement diminuée. La durée et l'avancement des négociations impliquent beaucoup de chose notamment les frais engagés, l'attente légitime en la conclusion du contrat. En prenant en compte ces critères, la rupture qui survient à ce stade des négociations est vue comme abusive. En général, à ce stade d'avancement des négociations, c'est la conclusion du contrat qui l'emporte sur la rupture.

**586.** L'absence de motifs légitimes : si le cocontractant a un motif légitime de rompre le contrat, même de manière relativement soudaine ou en présence de pourparlers avancés et longs, il ne peut être tenu pour responsable. Mais s'il rompt de façon injustifiée les négociations alors qu'elles ont assez avancées, il engage sa responsabilité pour rupture abusive.

**587.** S'agissant maintenant de la responsabilité de l'auteur de la rupture abusive, la réparation du préjudice résulte du préjudice d'investissement, soit les frais engagés pour l'opération. Le préjudice réparable consiste donc en la perte effectivement subie par la victime, soit la perte de chance de conclure avec un tiers et la perte des frais engagés. Au regard de l'indemnisation de la perte de chance des avantages attendus du contrat, le législateur n'a pas pris position. Dès lors seul le juge peut se pencher sur la question de l'indemnisation de la perte de chance des avantages attendus du contrat et il est aussi évident qu'une perte de chance d'obtenir des avantages d'un contrat qui n'est pas conclu ne peut faire l'objet d'indemnisation. Les seuls préjudices réparables consistent en la perte de chance de conclure avec un tiers, soit le préjudice moral et la perte des sommes engagées pour la négociation, le préjudice matériel.

## Conclusion du chapitre

**588.** Les négociations précontractuelles jettent les bases de la formation du contrat et il est judicieux de les encadrer solidement. Considérées comme un espace de non-droit depuis le droit romain, les négociations sont longtemps demeurées hors du cadre contractuel. Dans les contrats de droit strict<sup>316</sup>, il était acquis que les négociations n'étaient pas dans le cadre légal du processus de la formation du contrat. Mais à l'ère des contrats de droit strict a succédé l'ère des contrats de bonne foi où la formation du contrat est généralement basée sur le consensualisme et la liberté de consentir. Dès lors, ce consensualisme repose essentiellement sur la bonne foi des contractants, reconnue comme un principe d'ordre général en matière contractuelle. Ce principe de bonne foi devrait s'intéresser à toutes les phases de la construction du contrat y compris les négociations précontractuelles. Devenues de plus en plus pointilleuses et longues, il a fallu les encadrer mais le Code civil est resté muet sur la période qui précède la formation du contrat.

**589.** C'est alors que le juge intervient par touches successives et a bâti l'édifice d'un droit reconnu aux négociations précontractuelles en y incorporant la bonne foi. C'est alors que son pouvoir réformateur commence à s'implanter.

**590.** Ainsi, il a d'abord étendu le principe sacrosaint de la liberté contractuelle aux négociations précontractuelles, soit la liberté d'entrer en négociation et la liberté de rompre les négociations, dans les limites posées par les exigences de la bonne foi. Ensuite, il a imposé aux parties un devoir général d'information et un devoir de confidentialité, tous les deux sous couverts d'un devoir de bonne foi ou de loyauté. Enfin il a prévu des sanctions en cas la violation du principe de bonne foi.

**591.** L'intervention du juge est très impressionnante car il a jeté les bases d'une construction du droit des contrats tel qu'il existe aujourd'hui. Pour mémoire, le droit français des contrats s'est en partie modernisé grâce à la détermination du juge qui avait un véritable pouvoir réformateur devant l'inertie et l'immobilisme du législateur face à l'évolution de contrat.

---

<sup>316</sup> David DEROUSSIN, *op. cit.*



**592.** Dans l'absolu, il s'agit de comparer ces deux systèmes judiciaires afin de mieux comprendre la culture juridique de ces deux pays. Toutefois, il en va autrement en raison du mimétisme des dispositions contractuelles. Quand en France, les grands principes qui ont permis de bâtir un droit des contrats nouveau sont d'origine jurisprudentielle, le droit des contrats sénégalais s'est basé spécifiquement sur une construction légale en prenant appui sur le Code civil de 1804.

**593.** Si le droit sénégalais des contrats reste jusqu'à aujourd'hui soumis au Code napoléonien, ce n'est pas dans ce sens que le juge sénégalais peut l'adapter. Se baser sur les réalités contractuelles, en prenant en compte la coutume et les usages du pays, permet de réformer le droit des contrats sénégalais. Mais entendant la réforme du législateur, n'est-il pas judiciaire qu'elle naisse sous la plume du juge.

## CHAPITRE 2. L'AMENAGEMENT D'UNE PROCÉDURE DE SANCTION AU STADE DE L'EXECUTION DU CONTRAT

**594.** Le contrat légalement formé astreint les parties au contrat à exécuter les obligations qui en découlent sous peine de sanction. Les méthodes de sanction prévues dans le cadre de l'inexécution du contrat ont des finalités différentes. Il y a des sanctions qui visent à obtenir l'exécution du contrat, des sanctions qui visent à indemniser et les sanctions qui visent à mettre fin au contrat. Dans cette dernière catégorie de sanction mise à la disposition des contractants, figure la résolution. C'est une sanction qui vise à rompre la relation contractuelle en cas d'inexécution grave d'une obligation contractuelle avec une possibilité de restituer les prestations déjà reçues éventuellement subordonnée d'une allocation de dommages-intérêts en cas de préjudice causé à une partie par cette rupture ou par l'inexécution de l'obligation.

**595.** La résolution est en effet une notion tripartite. Existente ainsi en premier lieu la résolution judiciaire qui résulte d'une décision du juge prononcée à la demande du créancier, celle résultant d'une inexécution contractuelle suffisamment grave de la part du débiteur<sup>317</sup>, en deuxième lieu la clause résolutoire par laquelle le contrat serait résolu automatiquement lorsqu'une obligation n'est pas respectée<sup>318</sup>, et en troisième lieu la résolution unilatérale ou résolution par notification qui consiste dans le fait pour une partie de mettre fin au contrat unilatéralement en raison du comportement grave du cocontractant<sup>319</sup>.

**596.** En droit français, la résolution unilatérale par notification est la plus récente des solutions consacrées. D'origine prétorienne, la résolution unilatérale par notification est une forme de justice privée en réponse à la déloyauté du débiteur d'une obligation. La déloyauté contractuelle qui est aussi la raison d'être du principe de bonne foi, est sanctionnée quelle que soit la forme que puisse avoir la sanction si ce n'est dans le but de pallier la mauvaise foi du débiteur défaillant. C'est pourquoi, le juge offre la possibilité au créancier d'une obligation inexécutée de se faire justice à soi-même en rompant la relation contractuelle par simple notification au débiteur.

---

<sup>317</sup> Philippe NEISS, « Résolution unilatérale : le préavis n'exclut pas la faute grave », *Petites Affiches*, 2010, n° 230, p. 3.

<sup>318</sup> *Ibid.*

<sup>319</sup> *Ibid.*

597. En droit sénégalais, le droit de rompre unilatéralement le contrat est implicitement reconnu par les textes. Les dispositions relatives à la résolution unilatérale sont éparées et immergées dans le Code des obligations civiles et commerciales.

598. La consécration de la résolution unilatérale n'est pas anodine. Sa coexistence avec les deux autres formes de résolution pourtant très efficaces, est justifiée d'une part par la longueur de la procédure judiciaire et d'autre part par les jugements de valeur personnels du créancier à savoir l'état de nécessité que peut se retrouver le créancier de l'obligation, l'état d'urgence de l'exécution de l'obligation et la perte du lien de confiance particulier entre les contractants du fait de l'inexécution de l'obligation. Les trois méthodes de résolution sont autonomes et peuvent coexister. Toutefois, la forme conventionnelle et la forme unilatérale restent plus ou moins interdépendantes. La question de leur interdépendance est laissée à l'appréciation du juge. Tantôt la jurisprudence affirme qu'elles sont autonomes, tantôt elle conteste cette autonomie et confirme leur interdépendance. Seules les conditions de leur validité peuvent guider le juge dans la priorité et/ ou le choix du type de résolution. Mais, il est clair que le créancier ne peut pas se prévaloir d'une résolution unilatérale dès lors que les parties ont prévu à l'avance une clause résolutoire dans leur contrat. Dans ce cadre, la résolution conventionnelle prévaut sur la résolution unilatérale à moins que les conditions de la mise en œuvre de la clause résolutoire ne puissent satisfaire les besoins qui justifient la résolution unilatérale du contrat à savoir la gravité du comportement du débiteur. C'est d'ailleurs la raison phare de la consécration de la résolution unilatérale par la jurisprudence française en date du 13 octobre 1998 lorsqu'elle énonce que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu importe que le contrat soit à durée déterminée ou non »<sup>320</sup>.

599. C'est à partir de cette décision que le juge a consacré une troisième résolution qui s'ajoute à l'arsenal des sanctions prévues en cas d'inexécution du contrat en droit français mais qu'en droit sénégalais, cette faculté a été déjà prévue par les textes (**Section 1**). Par la suite, le juge français a bénéficié d'un fondement textuel dans le nouveau droit des contrats qui lui offre un prolongement de ses œuvres (**Section 2**).

---

<sup>320</sup> Cass. civ. 1, 13 octobre 1998, Tocqueville, n° 96-21485.

## **Section 1. L'introduction de « la résolution unilatérale par notification » dans le droit des contrats**

**600.** La consécration de la résolution unilatérale en droit français trouve son contexte dans la lenteur et la dureté de la procédure judiciaire. Soucieux de l'efficacité du contrat, le juge établit cette forme de sanction jugée plus rapide et plus efficace que celle prévue dans le Code civil de 1804. Invoquée de façon unilatérale, la résolution par notification obéit à des conditions posées par la jurisprudence. Ainsi, pour se prévaloir du bien-fondé de la résolution unilatérale, un comportement déloyal du débiteur doit être constaté en plus du manquement grave et parfois volontaire d'une obligation contractuelle par celui-ci et que le créancier soit en mesure de prouver un tel manquement. En droit sénégalais, le législateur a déjà prévu la résolution unilatérale du contrat pour la partie qui souhaite se soustraire de la relation contractuelle. Cependant, le législateur n'exige pas l'intervention préalable d'une faute pour bénéficier du bien-fondé de la résolution unilatérale mais pose comme condition l'indemnisation complète de la partie victime de cette rupture. Cette solution est toutefois controversée mais le juge a apporté sa solution à cette controverse (§ 1). Quant à la mise en œuvre de la résolution unilatérale, le juge français exige une mise en demeure préalable du créancier à l'attention du débiteur l'incitant à exécuter ses obligations sans quoi le contrat doit être résolu. En droit sénégalais, cette mise en demeure consiste à prévenir l'une des parties d'une future résolution du contrat. Encore une fois, la loi n'a pas été explicite et le juge se charge d'éclairer la position du législateur (§ 2).

### *§ 1. La conception de la résolution unilatérale : les origines*

**601.** D'origine jurisprudentielle pour le droit français (A) et légale pour le droit sénégalais (B), l'exercice de la résolution unilatérale dans le cadre de la sanction de l'inexécution du contrat présente certaines différences. Hormis la gravité du comportement d'une partie qui doit être à l'origine de la résolution unilatérale, ce qui est aussi valable pour le droit sénégalais, les critères de l'établissement de la faute imputable à l'une des parties ainsi que ceux qui définissent le préjudice subi ne sont pas cependant identiques.

## **A. La conception jurisprudentielle de la résolution unilatérale en droit français**

**602.** En France, la résolution unilatérale a été créée par le juge dans le but d'aménager un espace de droit permettant à la partie victime d'une inexécution contractuelle de se faire justice à soi-même en rompant le lien contractuel lorsque de cette inexécution, découle un préjudice direct et actuel (1). Encore faut-il que cette inexécution soit établie par une faute certaine (2).

### **1. La résolution unilatérale, une justice privée en réponse à une inexécution contractuelle donnant lieu à préjudice**

**603.** Lorsque les parties ont consenti à leur engagement, il n'était pas prévu que l'une d'elle se retire de la relation contractuelle avant d'avoir rempli son devoir contractuel. Telle est la règle posée par le principe de la force obligatoire du contrat. Hormis les cas de force majeure, les parties restent liées à leur engagement et sont contraintes de le poursuivre jusqu'à terme.

**604.** Toutefois, en dépit de la mise en garde du principe de la force obligatoire, la réticence d'une partie à l'exécution de ses obligations contractuelles n'est pas inévitable. En effet, le débiteur d'une obligation peut manquer à ses obligations et la gravité d'un tel manquement se mesure par rapport à l'essence même de l'obligation inexécutée. L'ampleur ou la gravité est définie selon que l'obligation est essentielle ou non. Pour avoir invoqué le bien-fondé de la résolution unilatérale, l'obligation manquée doit avoir un caractère essentiel, d'abord aux yeux des parties par rapport au jugement de valeur qu'elles portent à l'obligation. Dans ce sens, le caractère essentiel de l'obligation a une vision subjective. Ensuite, au sens large, elle doit avoir un caractère essentiel au regard de l'économie générale du contrat. Dans ce cadre elle implique une vision objective par sa nature essentielle.

**605.** Quelle est donc cette obligation essentielle ? Une obligation est essentielle dès lors qu'elle constitue l'élément principal de la prestation objet du contrat.

**606.** Toutefois, la notion d'« obligation essentielle » n'est pas une notion standardisée. Une obligation peut apparaître essentielle dans un contrat et demeurer accessoire dans un autre. L'obligation est donc essentielle selon le type de contrat et l'objet de celui-ci. Par conséquent,

elle ne contient pas une définition satisfaisante. Pour définir une obligation comme essentielle, la jurisprudence se base sur des critères de détermination. Ainsi, les critères de détermination de l'obligation essentielle reposent d'une part sur une vision subjective et d'autre part sur une vision objective.

**607.** Le critère objectif de l'obligation essentielle correspond à la désignation de l'obligation essentielle par nature. L'obligation est essentielle par nature lorsqu'elle peut être distinguée de l'obligation secondaire. Les obligations par nature essentielles portent sur la cause et l'objet principal du contrat pris dans le cadre de l'économie générale de celui-ci. Par exemple en matière de vente, l'obligation de délivrance de la chose apparaît comme une obligation essentielle par nature. La délivrance de la chose vendue constitue ici l'objet principal du contrat. Également dans les contrats de bail, l'obligation pour le bailleur d'assurer une jouissance paisible au preneur constitue une obligation essentielle. Les obligations essentielles sont pour la majorité celles qui sont implicitement voulues comme telles par les parties. Nul besoin de préciser leur caractère essentiel étant donné qu'elles constituent l'essence même du contrat. De ce fait, la privation de la substance l'obligation essentielle rend l'exécution du contrat impossible par opposition à l'obligation secondaire ou accessoire qui ne relève pas de la nullité du contrat en cas d'inexécution.

**608.** Le critère subjectif de l'obligation essentielle implique la désignation de l'obligation essentielle par la volonté des parties. Elle est désignée essentielle par la volonté explicite de ces dernières. L'une des illustrations parfaites d'une obligation essentielle née de la volonté des parties est celle dégagée par la Cour de cassation en date du 22 octobre 1996. En l'espèce, la société Oracle avait fait appel aux services de la Société Chronopost pour faire parvenir un courrier dans un délai court. Le courrier étant arrivé en retard, cela a causé un préjudice important à la société Oracle qui souhaite engager la responsabilité de Chronopost afin d'obtenir des dommages-intérêts à la hauteur du préjudice subi, invoquant l'inexécution contractuelle d'une obligation essentielle. Pour se défendre, Chronopost invoque une clause limitative de responsabilité qui limitait à un certain montant correspondant au prix du transport.

Il ressort de cette affaire que l'obligation de délivrer la chose dans un certain délai est une obligation essentielle voulue par les parties. En effet, la société Oracle a contracté avec la société Chronopost pour la rapidité du délai de livraison dont elle en est la spécialité. L'urgence à faire délivrer le courrier par la société Chronopost apparaît ainsi comme une

obligation essentielle. Le respect du délai de livraison n'aurait pas été considéré comme une obligation essentielle si le client avait consenti avec une société postale classique.

**609.** Ainsi la Cour de cassation décide d'écarter l'application de la clause limitative de responsabilité invoquée par la société Chronopost arguant que celle-ci contredit la portée de l'engagement pris par les parties à savoir la livraison du courrier dans un délai court, qu'en appliquant une telle clause, celle-ci prive de sa substance l'obligation essentielle qui demeure le respect du délai de livraison du courrier à la date indiquée<sup>321</sup>. Par conséquent ; le respect du délai de livraison apparaît comme une obligation essentielle.

**610.** Dès lors, il ressort de la jurisprudence que l'inexécution contractuelle suffisamment grave correspond au manquement à l'obligation essentielle et celle-ci peut justifier la résolution unilatérale du contrat. En outre, l'inexécution suffisamment grave d'une obligation essentielle peut justifier la résolution unilatérale lorsque le créancier subi un préjudice substantiel.

Les situations dans lesquelles il est possible d'évoquer un préjudice en matière contractuelle sont multiples. Il en va ainsi d'un retard dans la livraison d'un bien comme ce fut le cas dans le précédent arrêt Chronopost<sup>322</sup> ou encore une totale absence de délivrance d'une chose, de la fourniture d'un bien ou d'une prestation de services non conforme.

**611.** D'abord, il est nécessaire de caractériser l'inexécution d'une obligation contractuelle, qui peut être une inexécution totale ou partielle mais également la nature de l'obligation inexécutée qui peut être une obligation de moyen ou de résultat. Dans tous les cas, le préjudice subi par le créancier doit avoir un lien direct avec l'inexécution d'une obligation. Par exemple dans le cadre d'une inexécution d'une obligation de moyen, le préjudice est retenu dès lors que le débiteur fait preuve d'une certaine négligence en ne mettant pas tout en œuvre pour accomplir son obligation alors qu'il en dispose de tous les moyens nécessaires. Pour les obligations de résultat, le préjudice est établi lorsque le débiteur de l'obligation n'a pas réalisé la prestation qui a été décidée contractuellement, comme l'absence totale de délivrance d'une chose.

---

<sup>321</sup> Cass. com., 22 octobre 1996, n° 93-18.632.

<sup>322</sup> Le respect du délai de livraison apparaît comme une obligation essentielle, *op. cit.*, Chronopost 22 octobre 1996.

- 612.** Le préjudice subi par le créancier pour l'inexécution grave de l'obligation contractuelle est un préjudice substantiel. La faute lourde est caractérisée par une négligence d'une extrême gravité due à l'inaptitude du débiteur de l'obligation à accomplir sa mission contractuelle. Subjectivement, elle s'apprécie au regard de la gravité du comportement du débiteur et d'un point de vue objectif, elle se rapporte à la portée de l'obligation inexécutée<sup>323</sup>.
- 613.** Le critère de la gravité du comportement du débiteur est un critère d'appréciation subjective. Il s'apprécie lorsque le créancier subit un préjudice important peu importe la nature de l'obligation inexécutée. En d'autres termes, cette faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur<sup>324</sup>. La Cour de cassation a en l'espèce retenu le lourd préjudice subi par une société Y par non seulement l'inexécution par la société X de son obligation contractuelle à savoir assurer la continuité du service fourni mais également compte tenu de la gravité des conséquences qui en résultent, résilier le contrat<sup>325</sup>. L'ampleur du préjudice subi par le créancier est caractérisée par le comportement suffisamment grave du débiteur qui constitue la rupture du contrat en dépit de l'inexécution de son obligation contractuelle.
- 614.** Le critère de la portée de l'obligation inexécutée donnant lieu à un préjudice important correspond au manquement de l'obligation essentielle du contrat. Sont essentielles les obligations qui constituent l'objet principal du contrat, pris dans la cadre de l'économie générale du contrat mais également les obligations essentielles explicitement voulues par les parties. C'est le critère du caractère essentiel de l'obligation inexécutée donnant lieu à un préjudice lourd. L'inexécution de toute obligation essentielle produit naturellement un préjudice. Le préjudice qui résulte d'une inexécution contractuelle doit être certain et prévisible. Le préjudice certain doit être avéré et établi et son existence ne fait aucun doute. Concrètement, le préjudice s'est réalisé soit parce que le créancier a éprouvé une perte (actuelle ou future) due à l'inexécution de l'obligation, soit parce qu'il a manqué un gain (une perte de chance)<sup>326</sup>. Le préjudice prévisible résulte de la responsabilité civile délictuelle régie par le principe de réparation intégrale. En matière contractuelle, le préjudice prévisible donne lieu à la responsabilité contractuelle gouvernée par le principe de limitation de la réparation au dommage prévisible.

---

<sup>323</sup> CA Versailles, 3 mai 2018, n° 17.02576.

<sup>324</sup> Cass. com., 29 juin 2010, n° 09611841.

<sup>325</sup> *Ibid.*

<sup>326</sup> Virgile DUFLO, « Responsabilité contractuelle en droit des obligations », *JurisLogic*, 28 mai 2021, disponible sur <https://jurislogic.fr/responsabilite-contractuelle-droit-des-obligations>.



**615.** D'ailleurs, le préjudice lourd subi par le créancier rend également inefficace la clause limitative de responsabilité prévue au contrat. La Cour de cassation, saisie par un pourvoi, casse l'arrêt d'appel, au motif qu'une société informatique avait commis un « manquement à une obligation essentielle de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation »<sup>327</sup>. Dans cette affaire, « un contrat de licence, un contrat de maintenance et un contrat de formation avaient été conclus en 1998, ainsi qu'un contrat de mise en œuvre d'un programme spécial de développement de logiciels informatiques dédiés à l'industrie automobile par une entreprise du secteur automobile et un développeur informatique. Malheureusement, la conception du logiciel prit du retard, et la solution informatique temporaire mise en place par le développeur informatique ne donnait pas satisfaction à son client. Dès lors, ce dernier cessa de payer les sommes dues en vertu du contrat. Ensuite, il assigna le prestataire informatique en résolution pour inexécution du contrat »<sup>328</sup>. La Cour déclare que le préjudice qu'a subi le client écarte toute application de la clause limitative de responsabilité qui aurait pour vocation à minimiser la portée de l'obligation essentielle. Cette jurisprudence fait écho à la jurisprudence Chronopost selon laquelle « en raison du manquement à une obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat qui contredit la portée de l'engagement pris, doit être réputée non écrite »<sup>329</sup>. Par conséquent, le préjudice résultant d'une inexécution d'une obligation essentielle fait échec à l'application d'une telle clause. Le créancier de l'obligation essentielle inexécutée doit dès lors prouver la gravité du comportement du débiteur s'il souhaite faire échec à la clause limitative de responsabilité.

## **2. L'exigence d'une faute certaine pour bénéficier du bien-fondé de la résolution unilatérale en droit français**

**616.** Le comportement déloyal du débiteur de l'obligation contractuelle porte atteinte au lien de confiance particulier établi entre les contractants. En effet, l'inexécution contractuelle doit seulement être imputable au débiteur qui se rétracte volontaire de l'engagement pris. Ainsi, pour invoquer le bien-fondé de la résolution unilatérale, le créancier doit au préalable avoir exécuté ses obligations.

---

<sup>327</sup> Cass. com, 13 février 2007, n° 05-17.407.

<sup>328</sup> *Ibid.*

<sup>329</sup> Chronopost n° 93-18.632, *op. cit.*

Pour établir une faute, la partie qui souhaite rompre la relation contractuelle doit avoir dans un premier temps rempli ses devoirs contractuels et dans un second temps qu'un comportement déloyal du débiteur soit établi. C'est l'une des conditions *sine qua non* pour se prévaloir du droit de la résolution unilatérale.

**617.** Dans un premier temps, le créancier de l'obligation inexécutée ne doit rien à se reprocher s'agissant de ses devoirs contractuels. Ni une inexécution contractuelle, ni un comportement déloyal du créancier ne doit être à l'origine de la rétractation volontaire du débiteur de l'obligation.

Toutefois, la résolution unilatérale ne saurait être réclamée par le créancier lorsque l'inexécution de ses obligations par le débiteur est la conséquence de sa propre faute<sup>330</sup>. En effet lorsque l'inexécution est imputable au créancier, il est irrecevable d'invoquer la résolution unilatérale du contrat.

Ainsi, chacune des parties peut exiger de son cocontractant l'exécution de son obligation telle qu'elle a été prévue par le contrat<sup>331</sup>. Mais l'idée ici est de savoir lequel des parties s'exécute en premier et dans quelle condition l'autre doit rompre la relation contractuelle pour inexécution. La question de la priorité de l'exécution entre le créancier et le débiteur dépend du type du contrat. En effet, l'exécution des obligations contractuelles dépend du type de contrat et de l'objet de celui-ci. Si la nature de l'objet du contrat est telle qu'il faut que le débiteur exécute en premier ses obligations, il est parfaitement soutenable que le créancier peut invoquer la résolution unilatérale en cas de non-exécution du débiteur quand bien même le créancier n'a pas encore exécuté ses obligations. Dès lors que l'exécution de ses obligations par le créancier dépend de la nature de l'objet du contrat, l'imputabilité d'une faute à l'égard du créancier ne doit pas être établie quand c'est le débiteur qui s'exécute au préalable. Ainsi, la priorité dans l'exécution des obligations contractuelles du créancier pour bénéficier du bien-fondé de la résolution unilatérale n'est pas toujours une condition préalable.

**618.** Dans un second temps, le comportement déloyal du débiteur doit avoir un lien direct avec la décision du créancier à rompre le contrat. En d'autres termes, la loyauté du créancier vis-à-vis du débiteur doit démontrer le comportement déloyal de celui-ci qui consiste à être réfractaire à l'engagement pris.

---

<sup>330</sup> Cass. civ. 1, 21 octobre 1964, n° 463.

<sup>331</sup> Philippe STOFFEL-MUNCK, « exécution et inexécution du contrat », *Revue des contrats*, 2009, n° 333, p. 1

Une inexécution volontaire doit être imputable au débiteur. Cependant, l'inexécution par le débiteur de ses obligations contractuelles peut être volontaire lorsqu'elle découle de la faute du créancier ou tout simplement involontaire quand elle résulte d'un cas de force majeure. Mais l'inexécution résultant de la rétractation volontaire du débiteur face à l'engagement pris relève de la mauvaise foi de celui-ci dès lors qu'elle n'est pas justifiée par une faute du créancier ou d'un cas de force majeure.

**619.** L'une des conditions qui justifie la notification de la résolution unilatérale est la mauvaise foi du débiteur. L'inexécution de mauvaise foi aggrave la situation du débiteur par rapport à l'inexécution de bonne foi qui pourrait l'améliorer s'il a loyalement essayé de fournir la prestation promise. En effet, la déloyauté du débiteur rompt automatiquement la relation contractuelle d'elle-même car cette inexécution doit être de sorte que le lien de confiance établi entre les contractants soit rompu. De ce fait, la résolution unilatérale vise à sanctionner cette déloyauté choquante et impardonnable du débiteur. Elle est une réaction immédiate à une attitude intolérable, une juste colère en quelque sorte, un comportement scandaleux. L'inexécution contractuelle doit placer le créancier dans une situation inconfortable face à la mauvaise foi du débiteur pour invoquer la résolution unilatérale.

**620.** D'ailleurs c'est l'une des causes principales de la résolution unilatérale. Le juge permet cette justice privée en réponse à la déloyauté flagrante du débiteur de l'obligation. Mais il convient de souligner que cette inexécution doit être indépendante de tout comportement déloyal qui peut être reproché au créancier. L'inexécution de ses obligations par le débiteur peut être dans certains cas due à la faute du créancier<sup>332</sup>. Mais le fait pour le débiteur de se soustraire volontairement de la relation contractuelle sans au préalable remplir ses devoirs contractuels relève de la mauvaise foi.

**621.** A préciser qu'il appartient au créancier de prouver l'inexécution du contrat, soit que le résultat promis n'a pas été atteint ou que le débiteur n'a pas été diligent en cas d'obligation de résultat, soit que le débiteur a refusé d'user de ses moyens pour atteindre le résultat attendu en cas d'obligation de moyen. La preuve d'une inexécution de mauvaise foi du débiteur incombe au créancier et le juge repose sur les éléments de preuve fournis par le créancier pour constater la résolution unilatérale. En cas d'inexécution contractuelle du débiteur, le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Il doit préalablement

---

<sup>332</sup> Cass., n° 463, *op. cit.*

mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable<sup>333</sup>.

## **B. La conception législative de la résolution unilatérale en droit sénégalais**

**622.** Les parties au contrat bénéficient d'un droit de résolution unilatérale prévue par les textes. Relative à une inexécution contractuelle, le bien-fondé de la résolution en droit sénégalais doit résulter d'un préjudice futur et certain<sup>334</sup> (1). Il ne suffit plus que le dommage soit réalisé pour recourir à la résolution. En outre, le législateur n'exige pas l'intervention d'une faute préalable pour bénéficier du bien-fondé de la résolution unilatérale<sup>335</sup>. Mais cette disposition quant à l'inexistence d'une faute est contradictoire, ce qui a permis au juge de poser les limites du législateur et d'apporter une solution satisfaisante (2).

### **1. La résolution unilatérale, une justice privée en réponse à une inexécution contractuelle provoquant un préjudice futur**

**623.** A l'instar du droit français, le droit sénégalais, fait dépendre la résolution unilatérale à une inexécution suffisamment grave du contrat. Mais le droit sénégalais se démarque du droit français par la reconnaissance du droit de rompre unilatéralement le lien contractuel en cas d'inexécution contractuelle causant un préjudice futur. Le législateur sénégalais permet cette possibilité pour une partie qui souhaite rompre le contrat de le faire lorsqu'elle risque de subir un préjudice futur. A ce propos, l'article 126 du Code des obligations civiles et commerciales déclare que « le dommage est certain lorsque, bien que n'étant pas réalisé sur le champ, il se produira nécessairement dans l'avenir ».

**624.** Il est dès lors possible d'en déduire que la résolution unilatérale peut se fonder sur une inexécution future dès lors qu'un préjudice lourd découle de cette inexécution. La Cour suprême de Dakar a dans ce sens censuré une décision de la Cour d'appel pour avoir violé l'article précité. En l'espèce, pour faire dépendre le bien-fondé de la résolution unilatérale à la préexistence d'un dommage, la Cour d'appel déclare que « le dommage dont peut se prévaloir la SCI Les Bougainvilliers pour rompre le contrat, ne peut être qu'antérieur à la rupture du

---

<sup>333</sup> Art. 1226 du Code civil.

<sup>334</sup> Art. 125 du COCC.

<sup>335</sup> Art. 445 du COCC.

contrat ; que la SCI Les Bougainvilliers aurait pu et dû attendre la fin du délai contractuel, subir encore plus outrageusement les retards accumulés par le défendeur au pourvoi, avant de pouvoir lui faire le moindre grief sur les multiples violations du contrat, soit de subir un dommage certain et actuel avant d'invoquer la résolution du contrat »<sup>336</sup>. Or, à la lecture de l'article 126 du Code des obligations civiles et commerciales, il en ressort que le dommage certain, bien qu'il n'ait pas été réalisé sur le champ, risque nécessairement de se produire dans le futur. Alors que le maître d'œuvre ait été accusé de plusieurs retards dans la réalisation des travaux que lui avait confiés la SCI Les Bougainvilliers pour un durée de sept mois, la Cour Suprême en déduit que la résolution unilatérale prononcée par la SCI Les Bougainvilliers au bout de trois mois d'exécution est de droit. En effet, le juge s'est appuyé sur le motif que ces retards cumulés ne permettaient pas d'exécuter l'entièreté des obligations contractuelles pour les quatre mois restants et que le dommage futur est certain dans ces circonstances aux visas de l'article 126 précité<sup>337</sup>.

**625.** Le législateur a explicitement admis la résolution unilatérale du contrat mais il existe des zones d'ombre qui autorisent le juge a interprété les dispositions législatives sur la faculté de rupture unilatérale. C'est le cas par exemple lorsque le législateur s'arrête sur la reconnaissance du droit de rupture unilatérale sans entrer en profondeur sur les détails de l'exercice. Il n'a pas bien marqué les contours de ce droit de rupture unilatérale. En effet, la résolution unilatérale en droit sénégalais peut intervenir aussi bien en cas de faute qu'en cas de non-existence de faute. Lorsqu'elle est prononcée pour faute, l'auteur de la rupture doit indemniser la victime pour les prestations déjà réalisées. C'est ce qui a été énoncé par le législateur à travers les dispositions de l'article 455 du Code des obligations civiles et commerciales, que « tant que l'ouvrage n'est pas terminé, le maître de l'ouvrage peut toujours se départir du contrat en payant le travail fait en indemnisant l'entrepreneur ». Il admet également que la résolution unilatérale sans faute est subordonnée à l'indemnisation complète du débiteur et au paiement du travail déjà effectué, ce qui est assez contradictoire dans le cas de la résolution unilatérale prononcée par la SCI Les Bougainvilliers. Il a été prouvé que « les retards cumulés » par le maître d'ouvrage constituaient « une faute » qui a valu la rupture du contrat. Or, cette rupture a été prise en considération dans le cadre « d'une résolution unilatérale sans faute » et que la SCI Les bougainvilliers a entièrement indemnisé le maître de l'ouvrage hormis le paiement du travail déjà effectué. Alors la question qui mérite d'être

---

<sup>336</sup> C. Sup., civ. et com., 5 septembre 2012, n° 81. La résolution unilatérale peut être invoquée lorsque le créancier subi un dommage futur.

<sup>337</sup> *Ibid.*

posée est celle de savoir, la SCI Les Bougainvilliers a-elle rompu unilatéralement le contrat pour faute ou sans faute ? C'est ici que se soulève le problème et l'ambiguïté des dispositions de l'article 445.

**626.** Si pour le législateur, la résolution unilatérale est prononcée soit à la survenance d'une faute, soit à l'inexistence d'une faute, il ne devrait pas logiquement y avoir d'indemnisation en cas de survenance de faute comme dans le cadre de la résolution prononcée par la SCI Les Bougainvilliers, au vu du dommage qu'il subit à cause des retards accumulés. Or, le cas de la SCI Les Bougainvilliers et son maître d'ouvrage a été relié aux dispositions de l'article 445 qui reconnaît le droit de rupture unilatérale sans faute subordonnée à une indemnisation complète. Cette question de non-exigence d'une faute préalable à la résolution unilatérale a été explicitée par la juge.

## **2. La non-exigence d'une faute préalable pour bénéficiaire du bien-fondé de la résolution unilatérale et la solution du juge**

**627.** En droit sénégalais, la faculté de rompre unilatéralement le contrat n'est pas soumise à la prééminence d'une faute. Toutefois, le législateur rajoute que cette faculté est possible à la condition que le créancier indemnise complètement le débiteur s'il en ressort que cette rupture ne provient pas de sa faute. Tandis que le droit français reconnaît cette faculté à la survenance d'une faute, le droit sénégalais l'autorise expressément à tout moment de l'exécution du contrat et au bon vouloir de la partie qui souhaite rompre la relation contractuelle à condition que celle-ci indemnise entièrement son cocontractant.

**628.** Cette solution semble se conformer à celle de la jurisprudence Tocqueville<sup>338</sup>. En effet, l'autorisation à la partie qui souhaite rompre le contrat de le faire sans l'existence préalable d'une faute à condition d'assurer une indemnisation peut être interprétée comme une résolution unilatérale « à ses risques et périls ». Les « risques et périls » constituent « la rupture sans faute », « l'indemnisation » qui en découle et surtout du pouvoir d'appréciation souveraine du juge des circonstances de la rupture. Mais en droit français, cette rupture découle d'une inexécution suffisamment grave d'une obligation essentielle.

---

<sup>338</sup> L'arrêt Tocqueville de 1998 consacrant « la résolution unilatérale par notification aux risques et périls du créancier » en France pour manquement suffisamment grave d'une obligation contractuelle.

**629.** Le droit sénégalais reconnaît à la fois le droit de rompre unilatéralement les relations contractuelles pour faute et sans faute. Mais la résolution unilatérale sans faute peut s'apparenter à une rupture pour faute car il n'existe pas vraisemblablement une rupture soudaine et brusque sans une faute préalable, comme ce que laisse croire l'article 445 du Code des obligations civiles et commerciales qui reste d'ailleurs ambiguë sur la question. Même si les dispositions de cet article reconnaissent en général le droit de rupture unilatérale sans faute, elles manquent de précisions et c'est là que le bât blesse. Il y a une énorme ambiguïté dans l'exercice du droit de rompre unilatéralement les relations contractuelles. Tandis que les textes écartent l'existence de la faute, la jurisprudence l'admet. Pour reprendre l'affaire la SCI Les Bougainvilliers/ le maître d'œuvre, le législateur admet explicitement le droit de rompre unilatéralement le contrat en affirmant que le maître d'ouvrage a la faculté de résilier unilatéralement le contrat sans l'entremise d'une faute. Or la Cour Suprême dans sa décision a relevé une faute commise par le maître d'ouvrage à savoir « les retards cumulés » et le dommage qui en découlera. Pourtant, bien qu'il ait une faute retenue par la Haute Cour, la SCI Les Bougainvilliers a été condamnée à verser des dommages-intérêts aux visas de l'article 445 pour rupture prononcée à la survenance d'une faute, soit « les retards cumulés ».

**630.** Il est dès lors possible d'en déduire que le juge fait valoir la résolution unilatérale pour faute plutôt que la résolution unilatérale sans faute. Mais ce qui paraît incohérent c'est l'indemnisation du débiteur qui a commis la faute. Tout le monde peut s'accorder sur l'indemnisation complète de son cocontractant pour la partie qui rompt discrétionnairement le contrat sans l'intervention d'une faute. Encore faut-il que le créancier commette un abus de droit. Mais dans l'affaire la SCI Les Bougainvilliers / le maître d'œuvre, le maître d'ouvrage n'a pas commis un abus de droit étant donné que la SCI Les Bougainvilliers n'a rien fait d'autre qu'exercer son droit discrétionnaire de résiliation unilatérale reconnu par l'article 445 du Code des obligations civiles et commerciales. Aux termes de l'article 122 du Code des obligations civiles et commerciales, « commet une faute par abus de droit, celui qui use de son droit dans la seule intention de nuire à autrui ou qui en fait un usage contraire à sa destination ». Or la SCI Les Bougainvilliers, conformément aux dispositions de l'article 445 du Code des obligations civiles et commerciales a résilié le contrat en indemnisant complètement le maître d'œuvre en dépit de la faute commise par ce dernier en l'occurrence « les retards cumulés ». Dès lors, la Cour d'appel ne pouvait lui imputer une faute qu'en démontrant qu'elle avait agi dans la seule intention de nuire ou avait fait de son droit un usage contraire à sa destination. De ce fait, la Cour Suprême censure la Cour d'appel pour violation

de l'article 122 et par conséquent rejette sa décision au motif que la résolution unilatérale provoquée par le maître d'ouvrage est due à la faute commise par le maître d'œuvre, soit les retards dans la réalisation de la construction<sup>339</sup>.

## **§ 2. La mise en œuvre de la résolution unilatérale par notification**

**631.** L'une des particularités de la résolution unilatérale est l'obligation d'une mise en demeure. Contrairement à la clause résolutoire qui ne nécessite aucune mise en demeure, le créancier d'une obligation inexécutée doit au préalable demander à son débiteur de satisfaire à son engagement<sup>340</sup> **(A)**. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier doit dans ce cas notifier la résolution au débiteur ainsi que les raisons qui le motivent<sup>341</sup> **(B)**.

### **A. L'obligation d'une mise en demeure dans l'exercice de la résolution unilatérale**

**632.** La mise en demeure est une procédure permettant au créancier d'une obligation inexécutée de faire constater à son débiteur l'inexécution afin que ce dernier puisse satisfaire à son engagement. C'est une étape nécessaire à la demande d'une résolution unilatérale **(1)** dont l'absence fait contre poids à la résolution unilatérale **(2)**.

### **1. La mise en demeure, une alerte au débiteur sur sa défaillance**

**633.** La mise en demeure est une exigence qui a pour but de faire constater au débiteur l'inexécution de ses obligations contractuelles et de l'interpeller sur sa défaillance afin qu'il s'exécute. Prise sous forme de sommation ou d'acte portant interpellation suffisante<sup>342</sup>, elle vise d'une part à réclamer les intérêts dus par le débiteur par une demande à celui-ci d'exécuter ses obligations contractuelles au vu de l'engagement pris et d'autre part elle constitue un moyen pour le créancier soucieux de l'exécution du contrat, de trouver un remède amiable au litige.

---

<sup>339</sup> C. sup., ch. civ. et com., *op. cit.*, n° 81.

<sup>340</sup> Art. 1226 du Code civil.

<sup>341</sup> *Ibid.*

<sup>342</sup> Art. 1344 du Code civil. Voir aussi Aurélien BAMDE, « La mise en demeure : régime juridique », publié le 3 janvier 2019 sur *Le droit dans tous ses états*, disponible sur aurelienbamde.com.



**634.** En droit sénégalais, sauf pour les ruptures sans faute, la mise en demeure est une étape obligatoire dans l'exercice du droit de rompre les relations contractuelles.

**635.** La mise en demeure au débiteur d'exécuter ses obligations contractuelles est une simple procédure non régie par le Code de procédure civile mais demeure nécessaire à l'invocation de la résolution unilatérale<sup>343</sup>. C'est pourquoi, la Cour de cassation dans un arrêt du 5 novembre 2015 déclare que la mise en demeure évoquée par me Code civil « n'a pas de nature contentieuse », donc n'est pas régie par les règles du Code de procédure civile régissant la notification des actes de procédure<sup>344</sup> mais reste valide et efficace en cas d'inexécution et le débiteur ne peut l'écarter<sup>345</sup>. Pour résumer quelque peu l'affaire, il s'agit d'une mise en demeure émise par une banque à l'attention des emprunteurs défaillants de payer des sommes prévues au contrat, par lettre recommandée avec accusé de réception. S'absentant de récupérer la lettre auprès des services postaux, de sorte que le courrier avait été retourné à la banque avec la mention « non réclamé », en soutenant que la mise en demeure n'était pas valable faute d'avoir été délivrée à personne en application des dispositions du Code de procédure civile, la Cour de cassation écarte à raison leur argumentation en énonçant que la mise en demeure étant de nature précontentieuse, les règles du Code de procédure civile doivent être écartées<sup>346</sup>. Elle poursuit en précisant que « le défaut de réception effective par le débiteur de la mise en demeure, adressée par lettre recommandée, n'affecte pas sa validité »<sup>347</sup>.

**636.** La mise en demeure est de ce fait une interpellation non contentieuse par laquelle le créancier somme le débiteur défaillant d'exécuter ses obligations contractuelles. C'est une « injonction », un rappel au débiteur d'exécuter l'engagement pris au nom du principe de la force obligatoire du contrat autant que cette « injonction » peut être appréhendée comme une manière pour le créancier de connaître les raisons de l'inexécution de ses obligations par le débiteur avant d'envisager une éventuelle résolution. Elle peut apparaître ainsi comme une incitation au débiteur d'exécuter ses obligations contractuelles et un questionnement sur la situation du débiteur face à l'engagement pris.

---

<sup>343</sup> Gaëtan GUERLIN, « La mise en demeure d'exécuter l'obligation contractuelle : quel formalisme ? », *Essentiel du droit des contrat*, 2021, n° 3, p. 4.

<sup>344</sup> Cass. civ. 2, 5 novembre 2015, n° 14-25850.

<sup>345</sup> Cass. civ. 2, 24 janvier 2019, n° 17-28437.

<sup>346</sup> Gaëtan GUERLIN, n° 3, p. 4, *op. cit.*

<sup>347</sup> Cass. n° 17-28437, *op. cit.*

637. Très encadrée par rapport au délai raisonnable, elle permet au débiteur de purger l'inexécution dans un temps déterminé. Le délai raisonnable « met en effet en évidence la nécessité de protéger les intérêts du débiteur en lui accordant un délai pour remédier à son manquement contractuel en exécutant enfin ses engagements, afin d'éviter le prononcé de la résolution du contrat »<sup>348</sup>. Ce délai raisonnable auquel le débiteur est prié d'exécuter ses obligations constitue non seulement un temps de réflexion pour celui-ci de prendre une décision définitive face à son comportement mais aussi un délai raisonnable servant de preuve au créancier dans l'invocation d'une éventuelle résolution en cas d'inexécution.

638. Toutefois, cette mise en demeure peut être omise dans le cadre d'une faute grave lorsque cette gravité ne permet pas au créancier de continuer l'exécution du contrat. La présence d'une urgence conduit à la résolution immédiate du contrat. Seulement dans ces cas que le juge admet au créancier la résolution unilatérale sans mise en demeure. La Cour le reconnaît dans sa décision lorsqu'elle affirme que « la multiplication des non-conformités des produits aux critères microbiologiques par l'arrêté du 21 décembre 1979<sup>349</sup> susceptibles de conséquences sur la santé publique constituait une faute grave de la part de la société S. et que cette contamination microbienne des produits justifiait la résiliation immédiate du contrat »<sup>350</sup>. En l'espèce, une société avait rompu unilatéralement un contrat de fourniture industrielle portant sur des pâtes fraîches, sans mise en demeure préalable de son cocontractant invoquant des problèmes de qualité des produits ainsi que la présence de staphylocoques pathogènes dans les fabrications qui lui étaient livrées. La société fournisseur l'a alors attiré en justice prétendant avoir subi des préjudices du fait de la rupture brutale et abusive du contrat<sup>351</sup>. Ce à quoi la Cour a répondu en affirmant que « la mise en demeure préalable du débiteur n'est pas nécessaire, qu'elle ait ou non été prévue par le contrat, lorsque le créancier met unilatéralement fin à celui-ci en raison de la gravité des manquements imputables à son partenaire »<sup>352</sup>. Il en va de même dans une autre décision où la Cour avait déjà déclaré que « la gravité des manquements du débiteur ainsi que l'urgence d'y mettre fin, faisant ressortir l'impossibilité de poursuivre le contrat »<sup>353</sup>.

---

<sup>348</sup> Caroline PELLETIER, « Rôle de la mise en demeure dans le mécanisme de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier », *Revue des contrats*, 2010, n° 2, p. 690.

<sup>349</sup> Cet arrêté énumère les critères microbiologiques auxquels doivent satisfaire certaines denrées animales ou d'origine animale pour être commerciales.

<sup>350</sup> Cass. civ. 1, 24 septembre 2009, n° 08-14524.

<sup>351</sup> *Ibid.*

<sup>352</sup> Caroline PELLETIER, *op. cit.*, n° 2, p. 690.

<sup>353</sup> Cass. com., 4 février 2004, n° 99-21480.

**639.** Il convient de préciser dès lors que cette solution constitue une exception à la mise en demeure, fondée sur le comportement grave du débiteur. En effet, dans l'hypothèse où la poursuite de l'exécution du contrat n'est plus nécessaire en raison de l'inexécution grave de celui-ci, le recours à la résolution unilatérale pour mettre fin immédiatement à un contrat qui ne saurait être maintenu plus longtemps sans dommages est autorisé. Cette dispense de mise en demeure n'est pas toutefois un sacrifice aux intérêts du débiteur car le créancier qui provoque la résolution unilatérale doit au préalable s'exécuter avant de procéder à la résolution unilatérale du contrat. En outre, le débiteur dispose d'une voie de recours pour contester la résolution unilatérale lorsqu'il estime qu'elle est abusive.

## **2. La nécessité de la mise en demeure au débiteur d'exécuter ses obligations**

**640.** La nécessité de mettre en demeure tient au fait que son absence peut constituer un vice de procédure pour la résolution unilatérale. En effet, sa mise en œuvre constitue un bouclier pour le créancier victime d'une inexécution grave dès lors qu'il peut exiger du débiteur l'exécution de ses obligations. En outre, son absence peut servir de bouc émissaire au débiteur peu scrupuleux qui ne prend pas au sérieux son engagement afin de contester la résolution.

**641.** Mais la nécessité d'une mise en demeure tient principalement à protéger les intérêts du débiteur. C'est la raison pour laquelle des sanctions sont prévues en cas d'absence de mise en demeure auxquelles le débiteur peut s'en prévaloir pour faire échec à la rupture unilatérale prononcée par le créancier. Si l'inexécution est de bonne foi, soit en cas de retard d'exécution ou d'une exécution partielle, il est important de mettre en demeure le débiteur afin qu'il s'exécute. Ne pas répondre à cette interpellation et résoudre immédiatement le contrat peut causer des préjudices au débiteur de bonne foi.

**642.** C'est pourquoi, l'absence d'une mise en demeure peut constituer un moyen de défense lui permettant de faire échec à la rupture unilatérale provoquée par le créancier.

Ainsi, il dispose d'un moyen de défense au fond : l'absence d'une mise en demeure peut être invoquée comme un moyen de défense aux fins de faire échec aux prétentions du créancier<sup>354</sup>. Lorsque le créancier prononce la résolution unilatérale sans au préalable aviser le débiteur, ce dernier peut y faire obstacle en se prévalant du maintien du contrat. Dans l'hypothèse où l'inexécution du contrat est de bonne foi, le créancier qui rompt de façon brusque la relation

---

<sup>354</sup> Aurélien BAMDE, « La mise en demeure : régime juridique », *op. cit.*

contractuelle sans prévenir son cocontractant risque de nuire aux intérêts de celui-ci. Soulever l'absence de mise en demeure comme moyen de défense contre les prétentions du créancier consiste à sauver les intérêts du débiteur soucieux d'exécuter ses obligations contractuelles.

**643.** L'autre moyen dont dispose le débiteur pour contester la résolution unilatérale sans mise en demeure constitue la fin de non-recevoir. Cette sanction consiste à débouter la demande du créancier tendant à résoudre le contrat, à l'absence d'une mise en demeure. En effet, la mise en demeure est une procédure simple qui n'est pas régie par le Code de procédure civile mais il n'en demeure pas moins que son absence dans la mise en œuvre de la résolution unilatérale constitue un vice de procédure. Sinon comment le débiteur serait au courant des prétentions de son créancier dans l'hypothèse où celui serait de mauvaise foi en mettant en terme au contrat de façon unilatérale.

**644.** Pour finir, la mise en demeure est une procédure exigée au créancier non seulement pour protéger les intérêts du débiteur mais également pour ceux du créancier soucieux de l'exécution de ses obligations par débiteur. En outre la mise en demeure sert de justificatif au créancier dans la résolution du contrat.

**645.** Ainsi, pour bénéficier du bien-fondé de la résolution unilatérale, le créancier doit au préalable relancer à son débiteur l'exécution de ses obligations contractuelles. Elle permet au débiteur d'être averti des intentions du créancier victime d'une inexécution. Par ailleurs, elle permet au créancier de se prévaloir de la résolution unilatérale en cas de refus du débiteur d'exécuter ses obligations après la mise en demeure.

**646.** Toutefois il est important de souligner les sanctions prévues en cas d'absence d'une mise en demeure sont en faveur du débiteur. Le débiteur de mauvaise foi quant à lui ne peut se prévaloir d'aucun de ses moyens s'il est avéré que l'inexécution dont est victime le créancier résulte de la volonté de celui-ci. D'ailleurs, le débiteur de mauvaise foi rompt implicitement la relation contractuelle d'elle-même compte tenu de sa réticence à satisfaire à son engagement. Par conséquent, même en l'absence d'une mise en demeure, la notification de la résolution unilatérale par le créancier n'est que confirmation de la décision du débiteur défaillant.

## **B. La notification du créancier au débiteur de sa décision de résoudre le contrat**

**647.** La notification consiste à l'annonce de la résolution unilatérale proprement dite au débiteur. Elle découle de la mise en demeure infructueuse tendant à exiger du débiteur la satisfaction de son engagement (1). En conséquence, le prononcé de cette résolution unilatérale produit des effets (2).

### **1. La rupture proprement dite du lien contractuel par le créancier**

**648.** La résolution unilatérale prend effet au moment de la notification. Concernant cette notification, le texte ajoute une contrainte supplémentaire pour le créancier : l'obligation de motiver sa décision de rompre le contrat<sup>355</sup>. C'est la phase ultime dans l'exercice du droit de la résolution unilatérale et elle n'est pas en principe révoquée si elle a été suffisamment motivée par le créancier.

Rompre le contrat de façon définitive par notification vise à porter à la connaissance du débiteur la décision prise à son encontre. Par cette notification, le créancier se détache définitivement du lien contractuel. La relation contractuelle est clôturée dès réception du débiteur de la décision du créancier. Ce dernier doit par conséquent en tenir compte dès lors que la résolution a été motivée par le créancier.

**649.** La motivation de la résolution unilatérale vise à énumérer les raisons qui mènent à la rupture unilatérale du contrat. Le créancier doit citer toutes les raisons qui justifient son détachement du lien contractuel. C'est une sorte de « procès-verbal » qui consiste à détailler de façon claire et nette les prétentions du créancier tendant à résoudre le contrat et les raisons qui le justifient. De ce fait, le créancier doit déclarer que l'inexécution dont il a été victime est suffisamment grave pour maintenir le lien contractuel notamment lorsque cette inexécution lui a causé un lourd préjudice. En outre, il doit évoquer dans le cadre d'une mise en demeure que celle-ci a été infructueuse. En effet, la mise en demeure adressée au débiteur doit être un échec pour que le créancier se prévaut de la résolution unilatérale. Il en va ainsi de la persistance de l'inexécution de ses obligations par le débiteur en dépit de la mise en demeure d'exécuter ses obligations et le non-respect du délai raisonnable. En effet, le créancier peut également notifier au débiteur la rupture définitive du contrat quand le délai accordé à ce dernier pour l'exécution de ses obligations court à terme.

---

<sup>355</sup> Art. 1226, al. 3 du Code civil.

**650.** La notification du créancier au débiteur de sa décision de rompre le contrat permet également au débiteur d'apprécier le bien-fondé de la résolution unilatérale, de constater ses propres méfaits, de comprendre et de prendre en compte la décision du créancier à vouloir mettre à terme le contrat, sans possibilité pour le débiteur de faire échec à la résolution.

**651.** Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une notification sans mise en demeure, (notification de résolution survenue en cas d'urgence ou d'inexécution suffisamment grave entraînant la rupture immédiate du contrat), le débiteur peut toutefois estimer que le motif invoqué par le créancier serait impropre à justifier la résolution du contrat et il peut toujours saisir le juge afin de faire trancher le litige<sup>356</sup>. Dès lors la charge de la preuve incombe au créancier qu'il appartient de prouver par exemple que l'inexécution a été suffisamment grave pour que le contrat soit maintenu, que le débiteur a été de mauvaise foi et n'avait pas l'intention d'exécuter ses obligations ou que l'urgence survenue a commandé cette rupture. En l'absence de preuves tangibles, le juge peut remettre en cause cette résolution unilatérale. Mais, il faut garder à l'esprit que la notification doit être suffisamment motivée pour que le créancier puisse s'en prévaloir.

## **2. Les effets de la résolution unilatérale par notification**

**652.** La notification de la résolution unilatérale du contrat emporte anéantissement de l'acte tout entier tant pour ses effets passés que futurs. C'est un donc un anéantissement rétroactif du contrat qui vise à révoquer les obligations contractuelles. Qui dit révocation des obligations dit restitution des prestations. Tels sont les effets de la résolution unilatérale du contrat.

Dans cette situation la jurisprudence a introduit une distinction concernant les contrats à durée instantanée et les contrats à exécution successive.

**653.** Pour rappel, les contrats à durée instantanée sont ceux qui s'effectuent par une unique prestation dans un trait de temps. Tel est le cas de la vente. Dès lors, la jurisprudence admet que dans les contrats à durée instantanée, la résolution emporte l'anéantissement rétroactif du contrat et par conséquent, les parties doivent restituer les prestations reçues, que cette restitution soit en nature ou par équivalent<sup>357</sup>. L'objectif est de ramener les parties dans une

---

<sup>356</sup> *Ibid.* al. 4.

<sup>357</sup> Cass. civ. 3, 22 juin 2005, n° 03-18624.

situation de *statu quo ante*, comme si l'acte n'a jamais eu lieu. La restitution de l'unique prestation reçue suffit à mettre à terme le contrat, telle la restitution d'une chose vendue si elle a été livrée au débiteur ou le remboursement du prix au créancier si ce dernier a déjà payé le prix de la chose non livrée. Lorsque la restitution en nature s'avère impossible (les choses vendues qui disparaissent dès leur première utilisation ou les choses consommables), la restitution se fait par équivalent. Dans tous les cas, qu'elle soit en nature ou par équivalent, la restitution des prestations est obligatoire dans tout contrat à durée instantanée en cas de résolution unilatérale. La jurisprudence impose cette obligation.

654. Il en va autrement s'agissant des contrats à exécution successive. La restitution s'avère cependant complexe et parfois quasi impossible lorsque l'acte anéanti est un contrat à exécution successive. Les contrats à exécution successive sont ceux dont les obligations s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps, tel le contrat de bail. Dans ces circonstances, la question de la restitution des prestations déjà perçues est délicate. Deux hypothèses sont à retenir à cet effet.

655. Première hypothèse, lorsque l'exécution s'étire dans le temps, la jurisprudence admet une résolution que pour les prestations futures<sup>358</sup>. C'est dans le cadre d'une exécution partielle auquel cas, la résolution s'opère seulement pour l'avenir soit à compter de la date de l'inexécution de la prestation. La Cour énonce dans ce sens que « dans les contrats à exécution successive, la rétroactivité de la résolution résultant de l'application de l'ancien article 1184 du Code civil, ne peut remonter au-delà de la date à laquelle le débiteur a cessé de remplir son obligation »<sup>359</sup>. De ce fait, la révocation des obligations déjà exécutées étant impossible, la résolution emporte que les effets futurs du contrat. En générale, la résolution qui n'admet pas la rétroactivité des prestations est qualifié de résiliation par la jurisprudence<sup>360</sup>.

Seconde hypothèse, lorsque le contrat forme un tout, que l'inexécution des prestations oblige la restitution de celles déjà reçues, la résolution est assortie d'un effet rétroactif. Le juge déclare que cette résiliation est révocable lorsque dans l'esprit des parties, le contrat forme un tout indivisible<sup>361</sup>. Il en résulte que l'inexécution des obligations contractuelles emporte résolution rétroactive du contrat en dépit de l'échelonnement de la fourniture des

---

<sup>358</sup> Cass. civ. 1, 1<sup>er</sup> octobre 1996, n° 94-18657.

<sup>359</sup> Cass. civ. 1, 20 décembre 1982.

<sup>360</sup> *Ibid.*

<sup>361</sup> Cass. civ. 1, 3 novembre 1983, n° 82-14003.

prestations<sup>362</sup>. La Cour a dans ce sens censuré la décision de la Cour d'appel qui n'avait pas pris en compte l'effet rétroactif de la résolution d'un contrat dont les prestations bien qu'échelonnées dans le temps étant indissociables au vu de l'indivisibilité de la convention.

**656.** A l'égard du créancier, pour le lourd préjudice subi eu égard à l'inexécution du contrat, l'allocation de dommages-intérêts est requise pour la réparation du préjudice. A l'égard du débiteur, la résolution à tort emporte réparation du dommage causé à ce dernier. Mais reste condamner à verser une indemnité au créancier en cas d'inexécution suffisamment grave.

Admise par la jurisprudence dans l'arrêt Tocqueville de 1998, la résolution unilatérale est une forme de justice privée en réponse à une exécution irrégulière ou à une inexécution suffisamment grave des obligations contractuelles. Toutefois, l'instauration de cet unilatéralisme par le juge ne le prive pas d'intervenir en arrière-plan lorsque le législateur l'invite à s'y intéresser dans le nouveau droit.

## **Section 2. Le prolongement de l'œuvre judiciaire dans la réforme du droit nouveau**

**657.** Jusqu'ici la jurisprudence devait combler les lacunes. Lorsque le législateur a repris le contrôle sur la réécriture du droit des contrats, il a repris bon nombre de créations jurisprudentielles, édifiées à défaut à l'inadaptabilité des textes et du silence de ce dernier. La résolution unilatérale est l'une de ces créations adoptées par le législateur (§ 1). Pour assurer la continuité de l'œuvre du juge, il lui a réservé une place non négligeable dans cette nouvelle édition. En effet, le juge semble être éloigné au profit de l'unilatéralisme mais à y regarder de plus près, il apparaît qu'il dispose d'un important pouvoir souverain en ce qui concerne cet unilatéralisme (§ 2).

### ***§ 1. La consécration législative de l'unilatéralisme instauré par le juge***

**658.** Le législateur n'est pas resté indifférent à l'apport jurisprudentiel. Au contraire il a accueilli avec sagesse d'importantes créations de la Cour de cassation en faisant un tri. Tantôt il fait abstraction sur certaines décisions, tantôt il adopte celles qui lui conviennent, soit en les clarifiant soit en les reprenant telles quelles. A cet effet, la résolution unilatérale a été reçue (A) faisant l'objet d'encadrement (B).

---

<sup>362</sup> *Ibid.*



## A. La réception de la résolution unilatérale dans le nouveau droit des contrats

659. Parmi la liste des œuvres jurisprudentielle reçues par le projet de réforme du droit des contrats, figure la résolution unilatérale. Conçue par la jurisprudence Tocqueville en 1998, elle vise à sanctionner une inexécution suffisamment grave en faveur du créancier victime de cette inexécution en mettant fin au contrat de façon unilatérale.

Se pose tout de même la question de l'utilité de la codification de la résolution unilatérale puisque deux solutions identiques ont été déjà mises en place par le législateur. Mais comme la codification vise à donner un nouveau souffle à la vieille idée, le législateur part sur de nouvelles bases et diverses raisons justifient sa démarche. Dans le but de rendre le droit français plus attractif, quoi de mieux que de le moderniser en se détachant de son caractère obsolète. Cette innovation s'inscrit dans une perspective d'efficacité économique du droit. Elle repose, « en effet, sur l'idée que le créancier victime de l'inexécution, au lieu de subir l'attente aléatoire du procès et de supporter les frais inhérents à l'intervention du juge, peut tout de suite ou dans un délai raisonnable, conclure un nouveau contrat avec un tiers »<sup>363</sup>.

660. Ainsi, c'est dans l'objectif de moderniser le droit des contrats, le législateur se lance dans une dynamisation qui s'opère entre autres par une refonte de l'inexécution du contrat en général. Ce remaniement baigne dans l'esprit de rendre plus efficace les procédures de sanction relatives à l'inexécution. Cette efficacité repose d'une part sur l'idée de rendre plus autonome la liberté contractuelle et d'autre part chercher un équilibre entre cette liberté contractuelle et les pouvoirs du juge.

661. L'unilatéralisme tend vers une reprise de liberté contractuelle en faveur des parties dans l'exercice du droit de rompre le lien contractuel. Une résolution par acte privé consistant pour le créancier à se faire justice à soi-même. Le juge n'est plus seul amené à effectuer la résolution du contrat. C'est la « déjudiciarisation des relations contractuelles »<sup>364</sup>. Cette méthode consiste à relayer au second plan les pouvoirs du juge qui étaient autrefois prédominants à travers la résolution judiciaire. Dès lors, son contrôle *a priori* si les conditions

---

<sup>363</sup> Aurélien BAMDE, « La résolution unilatérale du contrat par notification : régime juridique », publié dans *Le droit dans tous ses états*, 2019.

<sup>364</sup> Jens KLEINSCHMIDT, « La réforme du droit des contrats : perspective allemande sur la balance délicate entre liberté contractuelle et pouvoirs du juge », *Revue des contrats*, 2015 n° 3, p. 674. Voir aussi Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « La réforme du droit français des contrats : perspective comparative », RDC, 2006, p. 147-166, p. 156.

de la résolution sont remplies est réduit par le projet de réforme<sup>365</sup>. En outre, pour simplifier les procédures complexes judiciaires basées sur la lenteur et la durée de leur décision, la solution vise à remplacer le contrôle judiciaire *a priori* par un contrôle *a posteriori*. En effet, l'idée c'est de donner la priorité aux parties de décider par elles-mêmes de l'avenir leur acte et de limiter les pouvoirs du juge.

662. Si le juge n'est pas complètement radié par l'instauration de cet unilatéralisme, il convient de noter que le législateur veille néanmoins à trouver une balance entre la liberté des parties et les pouvoirs du juge. Mais cet équilibre entre les pouvoirs des parties et du juge n'est pas aussi équilibré qu'il en a l'air. En effet, le juge dispose d'important pouvoirs sur son contrôle *a posteriori*. En voulant le confiner au second plan, le législateur a, sans peut-être le vouloir, accordé au juge le « dernier mot » qui consiste à apprécier souverainement la résolution unilatérale déjà intervenue. Toutefois, il est important de garder à l'esprit que son intervention vise à renforcer l'efficacité de cette mode de sanction.

### **B. L'encadrement de la résolution unilatérale par le législateur**

663. La résolution unilatérale a ainsi fait son entrée dans le Code civil faisant l'objet de nouveauté car ce mécanisme était absent du Code civil. L'article 1224 retient désormais trois modes de résolution : la résolution judiciaire, la clause résolutoire, et la résolution unilatérale par notification. Le régime de la résolution unilatérale est encadré par les dispositions de l'article 1226 qui l'érigent au rang des sanctions concurrentes de la résolution judiciaire et de la clause résolutoire. Elle n'est plus appréhendée comme une exception de la résolution judiciaire mais comme une faculté autonome. Ainsi, le créancier a désormais le choix entre les trois méthodes de sanction. S'il opte pour la résolution unilatérale, il dispose plus de liberté donc plus de pouvoirs qu'il en a dans le cadre d'une résolution judiciaire. C'est pourquoi, cet encadrement repose essentiellement sur la mise en œuvre de la résolution unilatérale et sur l'aménagement des pouvoirs du juge qui exerce un contrôle *a posteriori* dans l'exercice du droit de rompre unilatéralement les relations contractuelles.

---

<sup>365</sup> *Ibid.*

**664.** La résolution unilatérale est rigoureusement encadrée par les dispositions de l'article 1226 du Code civil. Elle admet pour l'exercice de cette faculté une inexécution suffisamment grave d'une obligation contractuelle et une mise en demeure préalable<sup>366</sup>.

Le législateur a reçu avec sagesse la résolution unilatérale en l'améliorant. L'œuvre de la Cour de cassation avait fait l'objet d'incertitude car l'arrêt Tocqueville de 1998 qui a consacré cette forme de résolution avait soulevé un nombre très important de questions dont quasiment aucune n'a été fermement tranchée par la Cour de cassation<sup>367</sup>. En effet, la doctrine<sup>368</sup> a qualifié de mystère et de paradoxe la position de la Cour de cassation qui manquait parfois de précisions dans certaines de ses décisions où elle donnait assentiment à la résolution unilatérale du contrat mais aucune de ses décisions n'a été publiée et restaient jusqu'alors en retrait<sup>369</sup>.

**665.** Ce flou sur les contours de la rupture unilatérale est clarifié par le régime de la résolution unilatérale par notification consacré à l'article 1226 du Code civil.

Cette clarification dessine mieux les contours de la résolution unilatérale en précisant la distinction des pouvoirs des parties et du juge. Le législateur lui confère une intervention *a posteriori*. D'ailleurs, l'expression à « ses risques et périls » signifie que le juge peut toujours être saisi *a posteriori* pour contrôler la régularité de la résolution unilatérale lorsqu'il est saisi en l'espèce.

A. Ci-dessous les dispositions relatives à l'encadrement de la résolution unilatérale :

Art. 1226 - « 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 à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise en demeure mentionne expressément 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.

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution ».

---

<sup>366</sup> Précédemment étudiées dans la section 1 de ce chapitre.

<sup>367</sup> Clément FRANÇOIS, « Présentation des articles 1224 à 1230 de la nouvelle sous-section 4 "La résolution" », *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1*, <https://iej.univ-paris1.fr> consulté le 17/02/2022].

<sup>368</sup> Thomas GENICON, « Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », *Revue des contrats*, 2010, n° 1, p. 44.

<sup>369</sup> Cass. com., 10 février 2009, n° 08-12415 ; Cass. com., 30 juin 2009, n° 08-14944 ; Cass. com., 15 septembre 2009, n° 08-15872 ; Cass. civ. 1, 24 septembre 2009, n° 08-14524.

Art. 1228 – « Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts ».

## **§ 2. Le pouvoir d'appréciation souveraine du juge de la résolution unilatérale intervenue**

**666.** Le juge exerce un contrôle *a posteriori* sur l'exercice du droit de résolution unilatérale. En effet, la résolution unilatérale n'est vraiment pas autonome. Le recours au juge reste ouvert au débiteur insatisfait de la rupture unilatérale. Ainsi, le juge intervient en aval pour contrôler le bon usage du pouvoir que la loi a confié à ce contractant (A) et le cas échéant sanctionner son mauvais usage<sup>370</sup> (B).

### **A. Le contrôle judiciaire du bon usage du pouvoir de résolution unilatérale**

**667.** Le législateur a réservé une place au juge dans l'exercice du droit de rompre unilatéralement le contrat. Un contrôle *a posteriori* qui consiste à constater la résolution unilatérale intervenue entre les parties au contrat. Dès lors, le juge apprécie souverainement les conditions dans lesquelles la résolution a été prononcée, soit que l'inexécution est suffisamment grave, soit qu'elle ne l'est pas autant. Il exerce dans ce cadre un contrôle de fond basé sur l'approbation d'une inexécution contractuelle (1). En dehors du contrôle de fond, le juge vérifie également si les formalités requises pour la mise en œuvre de la résolution unilatérale ont bien été remplies (2).

#### **1. Le contrôle basé sur l'approbation d'une inexécution contractuelle**

**668.** Lorsque le débiteur n'est pas d'accord sur la résolution unilatérale prononcée par le créancier, il a toujours la faculté de saisir le juge afin de contester celle-ci. Il appartient dès lors au juge compte tenu des éléments de preuve apportés par le créancier, de constater la résolution unilatérale intervenue entre les parties. Le juge dispose à cet effet d'un pouvoir discrétionnaire, un pouvoir d'appréciation souveraine sur la résolution unilatérale provoquée par les parties.

---

<sup>370</sup> Julia HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du juge », *Revue des contrats*, 2018, n° 3, p. 521.

- 669.** Cependant, ce pouvoir dont dispose le juge n'est pas automatique. Il est déclenché par la partie insatisfaite de la rupture qu'elle estime abusive. Cette marge de manœuvre que lui a réservée la loi est une « roue de secours », un antidote contre l'abus de pouvoir.
- 670.** L'exercice de ce contrôle consiste à vérifier si la résolution unilatérale intervenue est due à un manquement suffisamment grave d'une obligation contractuelle. Au vrai, le juge vérifie si les conditions qu'il a dégagées dans la jurisprudence Tocqueville ont bien été prises en considération dans la mise en œuvre de la résolution unilatérale. À l'issue de ce contrôle, deux hypothèses sont à retenir. Le juge peut, soit constater la résolution unilatérale s'il estime que l'inexécution est suffisamment grave, soit remettre en cause cette résolution s'il admet que l'inexécution n'est pas suffisamment grave pour justifier la résolution unilatérale.
- 671.** Dans l'hypothèse où il estime que le débiteur a failli à ses obligations contractuelles, il confirme la résolution unilatérale au tort de ce dernier. De ce fait, son contrôle repose sur une approbation de la résolution unilatérale. Quand le juge constate la résolution unilatérale, il l'approuve tout simplement en se basant sur les éléments de preuve apportés par le créancier.
- 672.** En effet, la simple constatation de l'inexécution suffisamment grave du débiteur suffit à valider la résolution unilatérale. Dès lors, le créancier pourra à l'issue du contrôle du juge, être indemnisé si la résolution a été prononcée en sa faveur. La constatation d'une inexécution suffisamment grave permet au juge d'apprécier le bien-fondé de la rupture du contrat. Elle résulte de l'acquisition de la résolution unilatérale et de la condamnation du débiteur au paiement des dommages et intérêts si le créancier en fait la demande en application de l'article 1228 du Code civil.
- 673.** Dans l'hypothèse où le juge estime que l'inexécution n'est pas suffisamment grave pour invoquer la résolution unilatérale mais qu'une inexécution totale ou partielle a été constatée, trois alternatives s'offrent au débiteur :
- 674.** Le juge peut, s'il estime que l'exécution du contrat ne trouve aucun intérêt à être poursuivie, prononcer ou constater la résolution à la demande du débiteur qui prend acte à la volonté du créancier. En effet, le débiteur peut lui-même saisir le juge afin qu'il approuve la résolution déjà intervenue.

675. S'il estime que les parties trouvent leur intérêt dans l'exécution du contrat, il peut accorder un délai raisonnable au débiteur afin qu'il s'exécute<sup>371</sup>. Ici le débiteur est sous astreinte d'exécuter ses obligations ou de voir le contrat résolu définitivement.

676. Une troisième alternative consiste à allouer des dommages et intérêts au créancier. En effet, cette troisième alternative dépend de la volonté du débiteur. L'alternative est choisie selon les demandes formulées par le débiteur. S'il prend acte à la volonté du créancier qui est celle de rompre la relation contractuelle, il est condamné à verser des dommages et intérêts si l'inexécution de ses propres obligations est avérée.

677. Par ailleurs, l'inexécution suffisamment grave ne demeure pas le seul aspect de contrôle qui soit. L'autre contrôle à effectuer par le juge est un contrôle de forme.

## **2. Le contrôle de la régularité des formalités requises**

678. Le contrôle de l'exercice de la résolution unilatérale ne se limite pas à la constatation d'une inexécution d'une obligation essentielle justifiant la résolution unilatérale. Ce contrôle implique également la vérification des formalités nécessaires à l'exercice du pouvoir de résolution unilatérale. Il ne suffit plus de constater uniquement une inexécution contractuelle pour approuver la résolution intervenue. Le juge doit par la même occasion examiner l'intervention de la résolution unilatérale sur toutes ses formes.

679. Ainsi, pour approuver le bien-fondé de la résolution unilatérale, le juge doit vérifier si le créancier a bien respecté la procédure de la mise en demeure qui consiste à ordonner au débiteur d'exécuter ses obligations contractuelles. C'est une étape obligatoire pour tout créancier qui souhaite mettre un terme au contrat de façon unilatérale. Pour rappel, l'inexécution contractuelle n'est pas toujours due à la mauvaise foi du débiteur et de ce fait, rompre le contrat sans prévenir son contractant peut lui causer un préjudice si ce dernier n'est pas favorable à cette rupture brusque. C'est la raison pour laquelle, pour s'assurer des intentions du débiteur qui reste silencieux face à ses obligations, il est nécessaire de passer par l'étape de la mise en demeure. Elle permet au débiteur d'être au courant de ce qui l'attend quant à l'inexécution de ses obligations afin qu'il reprenne ses responsabilités contractuelles.

---

<sup>371</sup> Art. 1343-5 du Code civil.

En dehors des cas d'urgence où le juge tolère la mise en demeure, celle-ci reste obligatoire pour tout créancier victime d'une inexécution contractuelle et qui a l'intention de rompre le contrat. Il est bien vrai que l'inexécution d'une obligation essentielle peut causer un préjudice au créancier. Mais rompre le contrat sans prévenir le débiteur arrangerait-il la situation et ne causerait-il pas également un préjudice à ce dernier ?

**680.** Voilà tout l'intérêt de la saisine du juge dans le droit de rupture unilatérale. En réalité, la protection du débiteur dans l'exercice du droit de rupture unilatérale tire son régime dans le contrôle *a posteriori* exercé par le juge. Le créancier peut rompre le contrat à ses risques et périls s'il ne souhaite plus continuer la relation contractuelle. Encore faut-il que l'inexécution de ses obligations par le débiteur soit suffisamment grave. S'il peut user de son droit de rupture unilatérale, il ne faut pas que cela nuise non plus aux intérêts du débiteur. D'où la protection du débiteur par le juge du droit de résolution unilatérale.

**681.** Le contrôle de la régularité du pouvoir de résolution unilatérale repose essentiellement sur la protection du débiteur de l'abus de pouvoir du créancier quant à son droit de résolution unilatérale. Quand bien même c'est un contrôle de forme que le juge exerce, il aspire à protéger le débiteur.

**682.** C'est pourquoi, une mise en demeure préalable doit nécessairement précéder toute notification de rupture unilatérale.

**683.** Dès lors, si l'inexécution grave est avérée mais que le créancier a omis de mettre en demeure au débiteur d'exécuter ses obligations et qu'une résolution est intervenue, le débiteur peut saisir le juge afin de paralyser la prétention de son adversaire. Son absence constitue un vice de procédure que le débiteur peut utiliser comme motif pour se défendre des prétentions du créancier. En effet, en cas d'absence de mise en demeure, le créancier s'expose à des sanctions. Le juge a le droit de refuser d'approuver la résolution intervenue sans juger sur le fond du litige et le créancier peut également être déchu de son droit à être indemnisé.

## **B. La sanction de l'usage injustifié du pouvoir de résolution unilatérale**

**684.** Il est important de souligner que « sur ce point le texte manque cruellement de précision. En effet, la question de la sanction d'une résolution unilatérale extrajudiciaire

irrégulière demeure non résolue »<sup>372</sup>. Mais en partant du principe que la résolution unilatérale irrégulière ne peut pas rester impunie, il est nécessaire de suivre la logique de ce que le juge pourrait faire en termes de sanction.

**685.** Dès lors, si la partie qui a subi la rupture saisit le juge, la première sanction serait l'absence d'effet de résolution unilatérale s'il estime que la résolution est injustifiée. Le juge peut le cas échéant invalider la résolution unilatérale et ordonner l'exécution forcée du contrat si elle est encore possible (1). A défaut, il peut ordonner le créancier au paiement de dommages et intérêts au débiteur pour rupture abusive (2).

### **1. L'invalidation de la résolution unilatérale irrégulière**

**686.** L'invalidation consiste à ressusciter un contrat indûment résolu et à ordonner l'exécution forcée de celui-ci si cette exécution est encore possible. Cette invalidation peut être motivée par, soit une inexécution insuffisamment grave ou un non-respect des règles de forme, telle la mise en demeure.

**687.** L'invalidation de la résolution unilatérale est donc l'annulation pure et simple de la décision du contractant de rompre unilatéralement le contrat lorsque cette résolution est irrégulière. Pour analyser cette irrégularité, le juge s'appuie sur les conditions de fond et de forme à savoir l'inexécution suffisamment grave et l'obligation de mise en demeure. Ainsi, en cas d'inexécution totale ou d'inexécution insuffisamment grave ou lorsque la mise en demeure a été omise, le juge a le droit de sanctionner la résolution intervenue sur la base du manquement d'une seule de ses conditions. La régularité de la résolution unilatérale n'empêche pas le juge d'invalider celle-ci si l'une des conditions n'a pas été respecté.

**688.** C'est pourquoi, « la poursuite du lien contractuel peut même être prononcée en présence d'une résiliation régulière sur le fond mais pour laquelle le préavis exigé par la loi ou le contrat n'a pas été respecté »<sup>373</sup>. La Cour d'appel a dans ce sens rejeté sans statuer sur le fond, la demande d'une partie qui a résilié le contrat sans mise en demeure<sup>374</sup>. En l'espèce,

---

<sup>372</sup> Clément FRANÇOIS, « Présentation du nouveau sous-titre I “Le contrat” », *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1*, <https://iej.univ-paris1.fr> [consulté le 15/02/2022].

<sup>373</sup> Julia HEINICH, n° 3, p. 521. *op. cit.*

<sup>374</sup> CA Pau, 20 juin 2019, n° 18/00660.



pour justifier sa décision notifiée au jour de la résolution du contrat, la partie invoque les manquements du bailleur à ses obligations contractuelles du fait de la délivrance d'un local professionnel non conforme aux normes d'accessibilité aux personnes à mobilité réduite. Le motif est en soi justifié mais l'absence de préavis l'a débouté de son droit de résolution unilatérale.

**689.** Toutefois, la Cour de cassation n'aborde pas dans le même sens que la Cour d'appel. Elle déclare dans plusieurs décisions que le préavis n'exclut pas la faute grave si la résolution unilatérale a été motivée par un manquement grave. Pourtant c'est cette même Cour sous l'empire de la loi ancienne à travers sa jurisprudence Tocqueville qui affirmait que « la gravité de la faute contractuelle n'était pas incompatible avec l'octroi d'un délai de préavis »<sup>375</sup>, que conséquemment, la notification de la résolution unilatérale pour faute grave n'est pas exclusive d'un délai de préavis qui est une obligation pour tout contractant qui souhaite mettre à terme de façon unilatérale le contrat. Il en va de même dans sa décision du 20 février 2001 où elle censure la Cour d'appel pour avoir rejeté la demande de résiliation pour faute grave sans respect du délai de préavis<sup>376</sup>.

**690.** Sous l'empire de la loi nouvelle, la Cour a complètement retourné sa veste de manière incertaine sur la compatibilité entre la faute grave et le délai de préavis. Sans mentionner le cas d'urgence et sans préciser dans quelle hypothèse le délai de préavis ne serait pas prise en compte dans la résolution du contrat, elle se contente d'affirmer que « si l'importance de la gravité de la faute rend impossible le maintien du contrat, celui-ci peut être résolu en dépit du non-respect du délai de préavis lorsque la résolution a été prononcée avec un effet immédiat »<sup>377</sup>. Cette décision de la Cour de cassation a été réitérée dans un arrêt du 17 février 2021 où elle réaffirme clairement que « le caractère grave du manquement d'une partie à ses obligations contractuelles, de nature à justifier la résiliation unilatérale du contrat, peut être retenu malgré l'octroi par l'auteur de celle-ci à son cocontractant d'un délai de préavis »<sup>378</sup> alors que l'auteur de la résolution avait accordé un préavis à son partenaire défaillant<sup>379</sup>.

---

<sup>375</sup> Jurisprudence Tocqueville, 13 octobre 1998, *op. cit.*

<sup>376</sup> Cass. civ. 1, 20 février 2001, n° 99-15.170.

<sup>377</sup> Cass. civ. 1, 14 novembre 2018, n° 17-23135.

<sup>378</sup> Cass. com., 17 février 2021, n° 19-19993.

<sup>379</sup> Gaëtan GUERLIN, « La résolution unilatérale : le préavis n'exclut pas la faute grave », *Essentiel droit des contrats*, 2021, n° 4, p. 5.

**691.** Pourtant, l'article 1226 n'a pas exclu cette condition et distingue les deux critères et leur comptabilité dans l'exercice du droit de rupture unilatérale. Le législateur songerait-il à réformer les dispositions de l'article 1226 sous l'influence de la décision de la Cour de cassation ? L'avenir nous le dira. D'autant plus que la loi manque cruellement de précision en ce qui concerne la sanction réservée à la résolution unilatérale irrégulière.

**692.** Dans tous les cas, lorsque le juge invalide la résolution unilatérale pour les motifs qu'il juge impérieux, il peut ordonner par conséquent l'exécution du contrat si elle est encore possible. Il en va de même lorsqu'il oblige le créancier à poursuivre l'exécution du contrat lorsque la résolution unilatérale est motivée par un manquement mineur. Le juge insiste bien sur « la gravité suffisante » ou « la faute grave » pour se prévaloir du bien-fondé de la résolution unilatérale. Tout manquement mineur ne peut justifier la résolution unilatérale à moins que le débiteur prenne acte à la volonté du créancier de son intention de résoudre le contrat. Si le cas ne se présente pas, le juge peut ordonner l'exécution forcée du contrat si elle est encore possible, en renvoyant les parties dans l'état ou elles se trouvaient avant la rupture. Si la poursuite de l'exécution s'avère impossible après que la rupture a été provoquée, le juge peut condamner la partie fautive, en l'occurrence la partie qui a injustement rompu le contrat au paiement de dommages et intérêts.

## **2. L'allocation de dommages-intérêts pour rupture abusive**

**693.** L'allocation de dommages et intérêts résulte de la rupture injuste du contrat causant un préjudice à la partie victime de cette rupture. Ainsi, l'auteur de la rupture est tenu d'indemniser tout le préjudice causé à son cocontractant sans même pouvoir s'abriter derrière les clauses de limitation de responsabilité.

**694.** C'est la sanction la plus classique et la plus évidente parmi toutes les sanctions relatives à la rupture irrégulière du contrat. Elle intervient dès qu'un préjudice a été causé. En outre, elle n'est pas incompatible avec les autres sanctions étant donné que le juge peut la subordonner à la sanction choisie. Que le juge constate la résolution déjà consommée ou qu'il ordonne l'exécution forcée du contrat, la partie fautive n'échappera pas à la condamnation au paiement de dommages et intérêts pour le préjudice causé. Ainsi, quel que soit la décision prise par le juge, il doit assortir l'option choisie par la condamnation du créancier au paiement de dommages et intérêts.

**695.** Lorsque la rupture s'avère abusive, l'auteur de la faute ne peut invoquer la clause de limitation de responsabilité pour échapper à la condamnation. En d'autres termes, si ces dommages et intérêts se révèlent être de nature contractuelle, la limitation de la réparation au préjudice prévue à l'article 1131-3 du Code civil devrait être écartée, dans l'hypothèse où le mauvais usage du pouvoir de résolution unilatérale est considéré comme une faute lourde<sup>380</sup>.

**696.** Le juge dispose à cet effet d'un pouvoir d'appréciation souveraine qui lui permet de fixer le montant de l'indemnisation ; montant fixé en fonction de l'ampleur du préjudice subi.

---

<sup>380</sup> Julia HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », n° 3, p. 521, *op. cit.*

## Conclusion du chapitre

**697.** En l'absence de textes applicables à la situation contractuelle évolutive, c'est le juge qui a créé un pan entier du droit des contrats. La résolution unilatérale par notification est l'une de ses œuvres accueillies avec sagesse par le législateur.

**698.** Elle résulte d'un manquement grave reproché à une partie au contrat telle l'inexécution grave d'une obligation essentielle ou encore un comportement déloyal de cette dernière. Ainsi la partie au contrat victime de l'inexécution du contrat peut notifier à l'autre partie fautive sa décision de rompre unilatéralement le contrat. Sa mise en œuvre doit non seulement tourner autour de cet aspect de « manquement grave » mais également sur des formalités requises, à savoir une obligation de mise en demeure au débiteur d'exécuter ses obligations. Le droit français est dans ce sens plus pointu que le droit sénégalais dans l'encadrement de ce droit de résolution unilatérale.

**699.** D'origine jurisprudentielle, la résolution unilatérale par notification a su charmer le législateur qui l'a reçue avec amélioration dans le droit nouveau des contrats faisant d'elle une priorité des sanctions relatives à l'inexécution du contrat. Très bien encadrée par les dispositions de l'article 1226, la résolution unilatérale par notification est la justice privée des parties contrôlée par le juge. En droit sénégalais, c'est le législateur qui l'a introduite dans le Code des obligations civiles et commerciales mais manque cruellement de précision en ce qui concerne les critères de sa mise en œuvre. Alors que le droit français fait allusion à la notion de « inexécution suffisamment grave », le droit sénégalais reste sur la notion de « faute ». Qu'elle soit grave ou non, le législateur est resté silencieux sur la question et son silence autorise le juge à interpréter la faute comme relevant d'une gravité pouvant permettre à la partie victime de se prévaloir de la rupture du contrat.

**700.** En l'absence de précision en droit sénégalais, c'est le juge qui s'est chargé de clarifier par son pouvoir d'appréciation la gravité de la faute mais qui jusqu'ici reste flou. Tandis qu'en droit français, c'est le législateur qui a pris le soin de clarifier l'œuvre du juge.

**701.** Le législateur l'a dans ce sens attribué d'importants pouvoirs d'appréciation sur la résolution unilatérale déjà intervenue à travers un contrôle *a posteriori*. Ce pouvoir attribué au juge permet de contrôler la sanction afin de renforcer son efficacité. Souvent réservé à la

partie insatisfaite de la rupture qui saisit le juge, ici le débiteur, le régime de la protection de celui-ci face au droit de la résolution unilatérale relève du contrôle *a posteriori* du juge. Mais il convient de préciser que la protection du débiteur n'est pas toujours acquise par ce contrôle. L'autre revers de la médaille est que ce contrôle peut être fatal pour le débiteur lorsque le juge retient la sanction à son tort. Cela revient à se demander si la résolution unilatérale par notification est-elle réellement autonome et que le juge n'est pas vraiment le maître de cette sanction vu qu'il a toujours le dernier mot.

## TITRE 2. LE POUVOIR INTERPRETATEUR DU JUGE DANS LE SILENCE DE LA LOI

**702.** « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application »<sup>381</sup>. Portalis dans ce discours invite au juge de rechercher l'esprit de la loi au-delà de ses termes en puisant au besoin dans la jurisprudence des tribunaux<sup>382</sup>.

**703.** Au départ, le juge avait l'interdiction d'interpréter les textes et devait saisir le parlement toutes les fois qu'apparaissait un doute sur le sens des règles<sup>383</sup>. Il a fallu attendre le siècle suivant pour que son pouvoir normatif soit consacré et que ses décisions soient mises à l'abri de toute annulation du corps législatif. Partant de là, le législateur lui redonne le pouvoir d'interprétation. Consacré à l'article 4 du Code civil de 1804, ce pouvoir d'interprétation l'oblige à statuer même en présence d'un silence, d'une obscurité ou d'une insuffisance de la loi et le dote d'un pouvoir souverain d'interprétation des textes.

**704.** Le législateur ne pouvant résoudre tous les problèmes liés au contrat, la consécration du pouvoir d'interprétation permet au juge de combler le silence du législateur et faire face aux difficultés inhérentes à l'exécution du contrat. La consécration du pouvoir normatif du juge est basée sur un principe fondamental qui s'impose à tout juge. S'inscrivant dans les mêmes termes que l'article 4 du Code civil de 1804, ce principe dispose que « le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». En d'autres termes, le silence du droit ne dispense jamais le juge de l'obligation de juger et par conséquent, il doit pallier le silence de la norme de droit, en l'interprétant<sup>384</sup>.

---

<sup>381</sup> Jean Etienne Marie PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté le 1<sup>er</sup> pluviôse an IX.

<sup>382</sup> Delphine LANZARA, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, LGDJ, 2017, p. 408.

<sup>383</sup> *Ibid.* Le référé législatif institué par l'article 12 du décret des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire prévoyait que « les tribunaux s'adresseraient au corps législatif toutes les fois où apparaissait un doute sur les règles ».

<sup>384</sup> Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Le juge face au silence de la loi », *Revue des contrats*, 2012, n° 4, p. 1055.

**705.** Ainsi, le législateur ne pouvant pas tout prévoir, le juge s'efforce d'y remédier en s'attachant aux différents détails des textes. Une consécration qui a permis au juge de créer le droit et d'être un coauteur de la loi. En effet, le juge, coauteur de la loi sur ce point comme sur tant d'autres, doit déterminer le champ d'application de la règle nouvelle.

**706.** Depuis la réforme du droit des contrats en France, le juge a reçu de nouvelles compétences dans la continuité de l'œuvre du législateur. En effet, la valeur normative des règles relatives à l'interprétation du contrat demeure largement imprécise. De ce fait, ayant pour but d'interpréter la loi, l'avenir des dispositions relatives à l'interprétation est donc entre les mains du juge (**Chapitre 1**). En dehors des dispositions relatives à l'interprétation, le juge se livre également à une interprétation des textes nouveaux issus de la réforme. En outre, avec l'émergence de nouveaux « standards juridiques », le législateur laisse le soin au juge d'en déterminer leur sens (**Chapitre 2**).

## CHAPITRE 1. LA CLARIFICATION PAR LE JUGE DE LA VALEUR NORMATIVE DE « DIRECTIVES D'INTERPRETATION » DU CONTRAT

**707.** Interpréter c'est donner du sens aux mots employés par le législateur. Ces mots peuvent apparaître vagues, imprécises, incompréhensibles, obscures ou incomplètes aux yeux des lecteurs. En outre, il est impossible pour le législateur de tout prévoir car selon Portalis, « tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre ». Dans son discours préliminaire du premier projet de Code civil de 1801, Portalis souligne que « un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats. En effet, les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours : et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau ». En d'autres termes, nul ne peut tout prévoir et il est impératif de se relayer. C'est dans ce but que s'inscrivent les pouvoirs du juge.

**708.** En effet, la première fonction du juge est d'appliquer les normes et comme le législateur ne peut pas tout prévoir, c'est alors qu'il revient au juge pénétré par l'esprit général des lois d'en diriger l'application<sup>385</sup>. En d'autres termes, c'est l'interprétation de la norme et son application à un cas d'espèce qui créerait la norme elle-même<sup>386</sup>. L'office du juge dans le silence de la loi consiste dès lors à rechercher le véritable sens de la norme et d'en assurer l'application.

**709.** Ainsi, dans le nouveau droit des contrats, les articles laissent une marge d'appréciation au juge qui consiste à interpréter ces dispositions. Parmi lesquelles, les dispositions relatives à l'interprétation du contrat consacrées dans un chapitre composé de cinq articles. A en comparer avec l'ancien Code où neuf articles ont été consacrés à l'interprétation du contrat, le nouveau chapitre dédié à l'interprétation est plutôt court. Cette concision par le peu de contenu qu'ils renferment renvoie à l'aspect fondamental et crucial des textes dont l'approfondissement est réservé à la pratique du juge. En d'autres termes, la brièveté de ce chapitre consacré à l'interprétation traduit ainsi l'idée que la matière relève essentiellement du juge. C'est au juge de rechercher le véritable sens des normes et d'en faire une bonne

---

<sup>385</sup> *Ibid.*

<sup>386</sup> Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, *op. cit.* n° 4, p. 1055.



application. En approfondissant les dispositions, il peut recourir à d'autres normes non écrites pour donner un sens aux directives d'interprétation, comme le cas du contrôle de l'interprétation consacré par la Cour de cassation et qui n'a pas été prévu expressément par les textes.

**710.** Ainsi, lorsque la loi est imprécise, il faut en approfondir les dispositions (**Section 1**) ; lorsqu'elle n'a rien prévu, il faut en créer de nouvelles en suivant la logique de celle-ci (**Section 2**), tel est le rôle qui a été consigné au juge dans l'interprétation des directives d'interprétation du contrat.

### **Section 1. La mise en lumière d'une élaboration inachevée des dispositions relatives à l'interprétation**

**711.** Les directives d'interprétation donnent un sentiment inachevé aux dispositions relatives à l'interprétation car leur méconnaissance est soumise à une éventuelle ouverture à la Cour de cassation. En outre, la brièveté des dispositions et leur manque de rigueur les présentent comme ayant un caractère non impératif. La Cour de cassation peut y voir de simples conseils ne liant pas le juge (§ 1) car, à la lecture de ces dispositions, il apparaît qu'une large marge de manœuvre est accordée au juge. Il dispose d'une liberté dans l'interprétation du contrat qui lui donne une certaine appétence d'aller au-delà des dispositions de la loi et de découvrir d'autres directives d'interprétation non écrites par les textes (§ 2).

#### **§ 1. L'élaboration incomplète des directives d'interprétation du contrat**

**712.** Les dispositions relatives à l'interprétation n'édicte pas la règle d'interprétation car elles se sont limitées à livrer au juge la responsabilité de refaire le contrat à sa guise sans contrainte aucune car la loi n'a pas expressément aménagé un contrôle d'interprétation (**A**). La loi se bornerait à rappeler au juge les grandes lignes que celui-ci doit adapter à sa pratique<sup>387</sup>. Elles laissent entrevoir que c'est au juge qu'il revient la tâche de découvrir la volonté réelle des parties (**B**).

---

<sup>387</sup> Anne ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *Revue des contrats*, 2016, n° 2, p. 384.

## **A. L'absence de caractère impératif des « directives d'interprétation » du contrat**

**713.** La brièveté des méthodes d'interprétation montre que le contenu des dispositions relatives à l'interprétation du contrat a été allégé laissant un contenu incomplet aux directives d'interprétation (1) en outre de l'absence d'un pouvoir de contrainte relatif à la mauvaise interprétation du contrat (2).

### **1. Le contenu incomplet des dispositions relatives à l'interprétation du contrat**

**714.** Les articles 1188 et suivants du Code civil et les articles 99 et suivants du Code des obligations civiles et commerciales n'édicte pas de règles d'interprétation mais fixent l'objectif assigné au juge de découvrir la volonté réelle des parties. Elles ne proposent pas de méthodes spécifiques d'interprétation mais se bornent à confier au juge la tâche de « refaire » le contrat à sa guise. En effet, « les difficultés d'interprétation sont si variées et exigent des solutions tellement spécifiques au contrat litigieux, que la loi fixerait vainement les règles »<sup>388</sup>.

**715.** En analysant de très près les nouvelles dispositions du Code civil et celles du Code des obligations civiles et commerciales relatives à l'interprétation du contrat, il ressort que le législateur s'est contenté de tracer de grandes lignes directrices de l'interprétation du contrat auxquelles le juge doit s'appuyer pour rechercher la réelle intention des parties. A cet effet, elles apparaissent comme de simples guides ou conseils laissant le juge la liberté d'apprécier souverainement les méthodes de recherche de la réelle intention des parties.

**716.** D'abord, à la lecture des dispositions de l'article 1188 al. 1 du Code civil selon lequel, « le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes » et celles de l'article 99 du Code des obligations civiles et commerciales, disposant que « par-delà la lettre du contrat, le juge doit rechercher la commune intention des parties pour qualifier le contrat et en déterminer les effets », il est à déplorer que le législateur ne mentionne aucune méthode spécifique sur la base de laquelle le

---

<sup>388</sup> *Ibid.*

juge doit s'appuyer pour découvrir la réelle intention des parties. S'agit-il du comportement des parties, d'une relation d'affaire similaire antérieure à celle-ci, des usages ? En d'autres termes, les circonstances dans lesquelles la découverte de la volonté réelle des parties doit se fonder sont laissées à l'appréciation du juge. A cet effet, ces dispositions manquent de précisions et autorisent le juge à interpréter le contrat selon une méthode qui lui est propre. Toutefois, dans l'alinéa 2 de l'article 1188, le législateur semble imposer une méthode de recherche de la volonté réelle des parties en référence à la « personne raisonnable ». Cette dernière selon les textes est celle qui se retrouve dans la même situation que les contractants. Voici donc la « personne raisonnable » qui intervient comme une référence pour aider le juge à interpréter les contrats alors que c'est un concept inconnu du droit français<sup>389</sup>. En effet, la notion de « personne raisonnable » n'étant pas spécifiée par les textes, le droit français l'avait qualifiée de « bon père de famille » avant de l'éjecter du Code civil en 2014. Mais elle semble revenir par la fenêtre en 2016 car la personne raisonnable est celle qui est avisée, professionnelle et précautionneuse au même titre qu'un père de famille quand même cette notion de bon père de famille reste un terme fédérateur.

La difficulté à définir la notion de personne raisonnable par les textes constitue l'énigme réservé à la résolution du juge. En effet, il est demandé au juge de se référer à l'opinion que celle-ci aurait si elle était de la même situation. Mais dans la même situation que qui ? le juge, les parties, lequel d'entre eux ?

Ensuite sur l'ensemble des directives d'interprétation, en France comme au Sénégal, les textes nouveaux en droit français consacrent un silence sur la force de leur valeur normative tandis qu'en droit sénégalais, elles demeurent incomplètes.

**717.** En France, le législateur n'a pas précisé dans quel cas appliquer chaque directive. En effet, au vu de la liberté accordée au juge, ce dernier peut choisir la directive qui lui apparaît la plus adaptée à l'obscurité qu'il cherche à dissiper<sup>390</sup>. Dans cette optique, le juge peut même les écarter quand elles lui paraissent inadéquates. Ainsi, le caractère impératif ou non des directives d'interprétation dépend de la valeur normative que le juge accorde à ces dernières. La Cour de cassation pourrait y voir de simples conseils ne liant pas le juge ou de véritables règles contraignantes. C'est aussi le cas des dispositions de l'article 1190 qui est au cœur de toutes les autres interrogations. En effet, déterminer si l'interprétation contre celui qui a proposé le contrat d'adhésion constitue un conseil pour le juge ou une véritable règle de droit

---

<sup>389</sup> Jean Richard DE LA TOUR, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *Revue de contrats*, 2016, n° 2, p. 392.

<sup>390</sup> Anne ETIENNEY DE SAINTE MARIE, *op. cit.*, n° 2.

n'a pas été élucidé. De ce fait, le juge doit-il interpréter les clauses négociables ou non négociables, individuelles ?

**718.** En outre, aucune méthode de recherche de la volonté réelle ne lui semble imposée par le législateur qui lui laisse la liberté de compléter son œuvre. C'est d'ailleurs ce que Portalis disait dans son discours préliminaire relatif au projet de Code civil de 1801 que « l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application »<sup>391</sup>.

**719.** En analysant les propos de Portalis sur la fonction du juge et de son rapport avec le législateur, il ressort que le sentiment d'incomplétude des directives d'interprétation n'est pas un travail fastidieux du législateur. L'objectif est de donner l'opportunité au juge d'achever le travail législatif en descendant sur chaque détail des questions relatives à l'interprétation du contrat en se basant sur ses propres méthodes.

**720.** Au Sénégal, en revanche, les dispositions relatives à l'interprétation sont inachevées. La recherche de la volonté des parties par-delà de la lettre ne fait pas allusion à la « personne raisonnable » placée dans la même situation que les parties. En effet, la référence à la « personne raisonnable » comme moyen de découverte de la volonté réelle des parties n'apparaît pas dans le Code des obligations civiles et commerciales, contrairement au droit français. Sauf à préciser que l'alinéa 1 de l'article 238 de l'AUDCG, a consacré l'interprétation de la volonté réelle des parties selon le sens qu'une personne raisonnable, de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, aurait donné au contrat. Encore faut-il qu'il déniche l'identité ou spécifie la nature de cette personne raisonnable. De ce fait, le juge doit rechercher la volonté réelle en ne comptant que sur le comportement des parties. De même, il est à déplorer que la directive d'interprétation de l'article 1190 du Code civil selon laquelle, dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète en faveur du débiteur et contre le créancier et dans les contrats d'adhésion contre le professionnel, n'apparaît pas dans les règles d'interprétation en droit sénégalais. Le législateur a conservé le silence sur cette méthode d'interprétation. Il a largement éludé cette directive d'interprétation. Cependant, nul doute que le juge se référera à l'équité.

---

<sup>391</sup> Jean Etienne Marie PORTALIS, *op. cit.*

721. Pour finir, en observant les nouvelles dispositions relatives à l'interprétation en droit français, il est à noter l'absence du mot « juge » dans les textes, contrairement aux formulations du droit sénégalais où le législateur mentionne spécifiquement le juge comme étant l'interprète du contrat. En droit français, le terme « on » est utilisé pour nommer l'organe chargé d'interpréter le contrat. Ce substitut sous-entend-t-il le juge ou alors les parties au contrat ? Encore une fois, le législateur s'est privé de spécifier l'interprète du contrat mais il faut comprendre qu'il énonce que c'est au juge qu'il revient la tâche de rechercher la commune intention des parties lorsque le contrôle de dénaturation exercé par la Cour de cassation porte sur l'interprétation du contrat faite par les juges du fond. Ce contrôle qui n'est pas expressément manifeste dans les directives d'interprétation.

## **2. Le flou dans la détermination d'un pouvoir de contrôle de dénaturation**

722. Dénaturer revient à interpréter un texte clair et précis, à en modifier son sens. Or cette interprétation n'a pas lieu d'être sous peine de sanction prononcée par la Cour de cassation.

723. En France, dans les dispositions relatives à l'interprétation, le dernier article du chapitre relatif à l'interprétation consacre l'interdiction de dénaturation des clauses claires et précises sans toutefois mentionner le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation.

724. Par ailleurs, face au silence du législateur sur le caractère impératif ou non des directives d'interprétation du contrat, celui-ci ayant repris la même formulation que les précédentes dispositions, ce silence pourrait nécessairement laisser place à la recherche et créativité de la jurisprudence. Dès lors, le contrôle de la Cour de cassation dépend du caractère contraignant ou non des directives d'interprétation. Si elles sont vues comme de simples conseils ne liant pas le juge aux yeux de la Cour de cassation, celle-ci pourrait raisonnablement ne pas contrôler l'interprétation faite par les juges du fond. En revanche, si les directives sont de véritables règles contraignantes, l'interprétation des juges du fond pourrait être soumise au contrôle de la Cour de cassation. C'est précisément la question de la détermination du contrôle de la Cour de cassation pour dénaturation du contrat.

725. Ainsi, est-ce parce que le législateur n'édicte pas la règle d'interprétation qu'il n'a pas consacré le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation ou l'a-t-il tout simplement admis

implicitement à travers l'article 1192 du Code civil selon lequel « on ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation » ?

**726.** Si les directives d'interprétation laissent un sentiment d'inachevé au vu de la brièveté des dispositions relatives à l'interprétation, qu'elles n'ont pas traditionnellement un caractère impératif, ou si elles demeurent de simples conseils ne liant pas le juge aux yeux de la Cour de cassation, il est tout à fait pensable que le contrôle de dénaturation de celle-ci ne serait spécifiquement pris en compte par la Cour. Celle-ci pourrait l'écarter. En effet, au regard de la liberté du juge de « refaire » le contrat à sa guise, sous couvert notamment d'une commune intention des parties totalement divinatoire<sup>392</sup>, le contrôle de dénaturation demeure incertain ou devrait être utile en cas de dénaturation flagrante. Certains textes ne comportent aucune indication sur leur normativité, ce qui peut permettre à la Cour de cassation de continuer à refuser de contrôler ces directives d'interprétation. Dans tous les cas, la valeur normative des règles d'interprétation demeure largement imprécise car elle est largement éludée par les nouveaux textes. Ces derniers étant formulés de manière similaire à ceux de 1804, cette jurisprudence pourrait se maintenir. Le silence des nouveaux textes pourrait être perçu comme une adhésion à la jurisprudence de la Cour de cassation qui, autrefois n'opérait aucun contrôle sur l'interprétation menée par les juges du fond : les directives sont « plutôt des conseils donnés aux juges que des règles rigoureuses et impératives »<sup>393</sup>.

**727.** En revanche, si elles constituent de véritables règles contraignantes et pas de simples conseils, les juges du fond ne peuvent pas échapper au contrôle de la Cour de cassation. En outre, la codification de l'interdiction de dénaturation du contrat dégagée par la jurisprudence Foucauld<sup>394</sup> pourrait être interprétée comme une consécration d'un pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation dénaturante du contrat.

**728.** Au Sénégal, le législateur a expressément déclaré que « si les termes du contrat sont clairs et précis, le juge ne peut sans dénaturation leur donner un autre sens »<sup>395</sup>. En d'autres termes, le pouvoir de contrôle de dénaturation, même s'il n'est expressément mentionné par les textes est sous-entendu. Toutefois, qui est l'acteur du contrôle de dénaturation : Le juge, les parties, le législateur ? Le législateur sénégalais lui aussi conserve un silence sur l'acteur

---

<sup>392</sup> Anne ETIENNEY DE SAINTE MARIE, *op. cit.*, n° 2.

<sup>393</sup> *Ibid.*

<sup>394</sup> Cass. civ., 15 avril 1872, bull. n° 72.

<sup>395</sup> Art. 100 du COCC.

de la censure de la dénaturation du contrat. Mais ce silence ne peut-il pas s'interpréter comme une liberté offerte au juge de cassation de contrôler l'œuvre du juge du fond.

## **B. L'adaptation « des directrices d'interprétation » entre les mains du juge**

**729.** Si le silence des textes laisse place à la recherche scientifique de la Cour de cassation, les outils d'une clarification de l'interprétation du contrat sont ainsi entre les mains de celle-ci (1). De cette manière, la liberté offerte à la Cour de cassation peut étendre ses méthodes d'interprétation à toute convention (2).

### **1. Les méthodes d'interprétation livrées au pouvoir souverain du juge**

**730.** En droit français comme en droit sénégalais, les dispositions relatives à l'interprétation sont très similaires. La recherche scientifique de la volonté réelle des parties est laissée à l'appréciation souveraine du juge. En France, la brièveté des dispositions relatives à l'interprétation du contrat laisse une marge de manœuvre au juge dans cette recherche scientifique de la volonté réelle des parties. C'est au juge d'adapter les grandes lignes tracées par le législateur. En effet, la hiérarchie des règles d'interprétation n'apparaît pas dans les textes à l'exception des dispositions de l'article 1188 où le législateur « invite le juge à privilégier l'intention sur la lettre, celui-ci devant rechercher par tous les moyens, même extrinsèques à l'acte, qu'elle a été la pensée véritable, intime qui a réuni les contractant »<sup>396</sup>. Sur les autres directives d'interprétation, le législateur n'a pas priorisé les méthodes d'interprétation du contrat.

**731.** Ainsi, doit-on appliquer le principe de la dérogation de la règle spéciale sur la règle générale ? Comment le juge opère-t-il dans la recherche de la volonté réelle des parties ?

**732.** D'abord sur la recherche de la volonté réelle des parties.

Suivant les dispositions de l'article 1188 du Code civil sur la recherche de la volonté réelle des parties, le législateur a imposé une méthode au juge. La primauté de l'intention sur l'*instrumentum*. En d'autres termes, le juge doit rechercher la volonté réelle des parties en se basant sur la véritable intention des parties au-delà de ce qu'elles ont déclaré. D'ailleurs, il est

---

<sup>396</sup> Alain LADADEC, *De l'interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat*, Thèse, Droit, Toulon, 2017, p. 179.

important aussi de souligner que la volonté déclarée peut être claire et précise mais ne refléter en aucun cas ce que les parties ont réellement voulu lorsque ces dernières ont commis une erreur manifeste et que le contenu contractuel est en contradiction avec l'intention commune et certaine des parties. Dans cette optique, le juge doit toujours se référer à l'intention commune des parties car les mots employés ne reflètent pas toujours leur véritable intention. Cette méthode de recherche de la volonté réelle sur la base de l'intention commune des parties est parfaitement réfléchi par le législateur. En revanche, il n'est pas allé jusqu'au bout de sa pensée. Sur quoi le juge se fonde-t-il pour dévoiler la commune intention des parties ? En se basant sur une relation d'affaire similaire et antérieure, sur le comportement des parties ? Sur un usage ou alors le juge se contentera-t-il d'interpréter le contrat selon sa volonté ? Le texte est resté silencieux sur cette question. Cependant, nul doute que le juge va se référer aux facteurs extrinsèques du contrat tels que le comportement des parties avant la signature de l'acte, une relation contractuelle similaire, les documents précontractuels etc. Même au niveau du second alinéa de l'article 1188 où il semble guider le juge dans la recherche de la volonté réelle par référence à la personne raisonnable, celle-ci n'a pas été cependant spécifiée par le législateur. La notion de « personne raisonnable » dont il fait allusion n'a pas été définie par les textes.

Ce silence du législateur laisse paraître sa volonté de confier au juge l'adaptation de la méthode d'interprétation à sa pratique : la recherche de la volonté réelle est un pouvoir souverain des juges du fond.

Ainsi pour découvrir cette volonté commune, le juge prend en compte les comportements ultérieurs ou propositions ultérieures faites par les parties. Il doit rechercher dans les termes employés par les parties dans tout comportement ultérieur de nature à la manifester<sup>397</sup>. Dans un contrat d'édition, le juge a eu à interpréter une convention à la lumière des propositions ultérieurement faites par l'éditeur à l'auteur<sup>398</sup>. Le juge doit également prendre en compte les éléments contextuels pour découvrir l'intention des parties. Par exemple dans le cadre d'un contrat de cautionnement, la recherche de la volonté réelle doit se faire à partir de la concomitance de la date des actes de prêts et de cautionnement d'une part, et du montant des engagements d'autre part<sup>399</sup>.

Ensuite, sur la priorité des directives d'interprétation.

Le législateur ne semble pas imposer au juge une priorité des directives d'interprétation. Comme le souligne le Doyen Carbonnier, les directives d'interprétation servent de « guide-

---

<sup>397</sup> Cass. civ. 1, 9 novembre 1993, n° 91-22.059.

<sup>398</sup> Cass. civ. 1, 18 février 1986, bull. civ. I, n° 31.

<sup>399</sup> Cass. com., 24 mai 2005, n° 00-19.721.



âne » au juge qui applique la méthode qui lui convient le mieux. Les textes ne précisent pas dans quel cas appliquer chaque directive. C'est au juge que revient la tâche d'appliquer la directive la plus adaptée à l'obscurité qu'il cherche à dissiper. Tout est question de sens et de cohérence auxquels le juge doit se fonder pour dissiper l'ambiguïté<sup>400</sup>.

**733.** Ainsi, comme l'ambiguïté d'une clause peut résulter de sa discordance avec les autres stipulations du contrat, la méthode d'interprétation consiste à lui donner le même sens qu'ont les autres clauses dès lors que celles-ci sont claires et précises. Il ne s'agit d'aucunement de la recherche de l'intention réelle au-delà de la lettre du contrat mais plutôt d'une interprétation basée sur la cohérence de l'ensemble des dispositions contractuelles. Il en va de même lorsqu'il y a pluralité de contrats concourant à la même opération<sup>401</sup>. Lorsque l'un des contrats est clair et précis, les autres contrats s'interprètent à l'image de celui-ci. De ce fait, les règles d'interprétations ne sont pas priorisées étant donné que le doute, l'ambiguïté ou l'obscurité que le juge cherche à clarifier peuvent être extrinsèques ou intrinsèques au contrat litigieux. Le juge applique ainsi la directive qui s'adapte au mieux au litige présent.

**734.** En droit sénégalais, le même procédé s'applique au juge, d'autant plus que le législateur lui confère expressément le pouvoir de rechercher la volonté réelle des parties. Toutefois, les dispositions relatives à l'interprétation se rapprochent plus qu'elles ne s'éloignent du droit français à quelques exceptions près, les directives d'interprétation des clauses contradictoires. Tandis qu'en France, le législateur exclut l'interprétation des clauses contradictoires, le droit sénégalais l'admet. Et qu'en droit sénégalais, le législateur a éludé la directive d'interprétation de l'article 1190 du Code civil du droit français.

**735.** Par ailleurs, le juge sénégalais n'est pas libre des méthodes d'interprétation à l'instar du juge français. Au Sénégal, lorsqu'une clause est ambiguë, la lettre du contrat n'est pas forcément abandonnée.

**736.** Deux méthodes d'interprétation s'offrent respectivement au juge en cas d'ambiguïté des termes du contrat. La première méthode consiste à rechercher la volonté des parties en se référant d'abord à l'*instrumentum*<sup>402</sup>, c'est-à-dire interpréter les clauses du contrat les unes par rapport aux autres en tenant compte des circonstances de la cause. Ce n'est lorsque ce dernier

---

<sup>400</sup> Art. 1189 et 1191. du Code civil.

<sup>401</sup> Art. 1190 du Code civil.

<sup>402</sup> Art. 101 du COCC.

ne parvient pas à déceler la vraie intention dans ces circonstances qu'il doit décider de la rechercher par-delà la lettre du texte<sup>403</sup>.

## **2. L'extension des directives d'interprétation à tous les actes juridiques**

**737.** Les nouvelles dispositions relatives à l'interprétation en droit français appellent à l'interprétation du contrat. Son champ d'application se limite au contrat tel qu'il apparaît dans les dispositions législatives mais il n'en demeure pas moins que le juge doit étendre ces dispositions à toutes les conventions et aux actes unilatéraux.

**738.** Ainsi, quand bien même les textes ont conservé le silence sur l'étendue des règles d'interprétation, le juge doit continuer à les appliquer à tous les actes juridiques : convention, donation, testament, accords d'entreprise, etc.

**739.** Pour la convention, la Cour de cassation a eu à sanctionner plus d'une, la Cour d'appel pour avoir dénaturé les termes clairs et précis d'une convention d'honoraires<sup>404</sup>. De même, dans une autre affaire similaire elle a censuré une décision de la cour d'appel pour dénaturer d'une convention d'honoraire en soi claire et précise. Pour résumer quelque peu l'affaire, une convention d'honoraires conclue entre un avocat et son client avant que ce dernier obtienne l'aide juridictionnelle retrouve son plein effet en cas de retrait de celle-ci. Dès lors, le seul fait pour l'avocat ayant initialement conclu une convention d'honoraires avec son client d'accepter de défendre les intérêts de celui-ci au titre de l'aide juridictionnelle obtenue en cours de procédure ne caractérise pas la volonté claire et univoque de l'avocat de renoncer au bénéfice de la convention préalablement conclue<sup>405</sup>.

**740.** Sous l'empire de la loi nouvelle, elle a également sanctionné la dénaturer des termes clairs et précis d'une convention d'honoraires dans une décision datant de 2017. En l'espèce, une clause d'une convention d'honoraires prévoyait en de termes clairs et précis que « le succès est un profit réalisé ou des pertes évitées ». La cour d'appel qui, pour rejeter la demande en paiement d'un honoraire de résultat, énonce que les clients d'un avocat ont été condamnés et que leurs demandes indemnitaires ont été rejetées de sorte qu'ils n'ont pas eu de succès, alors qu'il avait constaté que l'avocat leur avait évité la perte d'une certaine somme en

---

<sup>403</sup> Art. 99 du COCC.

<sup>404</sup> Cass. civ. 1, 19 mai 1999, n° 97-13.984.

<sup>405</sup> Cass. civ. 2, 28 avril 2011, n° 10-15.477.

limitant leur condamnation à payer une somme inférieure à celle demandée par leurs adversaires<sup>406</sup>.

**741.** La donation n'est pas en reste lorsque pour censurer la décision de la cour d'appel, la Cour de cassation affirme que celle-ci a dénaturé les termes clairs et précis de cet acte qui précisait que « le donataire serait tenu de faire aux biens donnés toutes les réparations grosses ou menues qui deviendront nécessaires pendant la durée de l'usufruit », or la cour d'appel avait débouté le donateur de sa demande de droit de réfection en l'encontre du donataire en retenant que les dispositions de l'acte litigieux « répartissaient la charge des réparations entre les parties »<sup>407</sup>. Il en va de même de la sanction de la dénaturation des termes clairs et précis d'un acte de donation qui stipulait que « la donation de parcelles est consentie à la condition que celles-ci dépendent de la communauté existant entre la donataire et son époux », que la cour d'appel en a modifié le sens en retenant que « les parcelles données constituaient des biens propres de la donataire »<sup>408</sup>.

**742.** Pour les actes juridiques unilatéraux, tels que le testament<sup>409</sup> et les accords d'entreprise ou contrats de société<sup>410</sup>, la Cour de cassation censure également leur dénaturation.

La liberté d'interprétation autorise le juge à prendre en compte tous les actes juridiques susceptibles d'ambiguïté. Le juge a élargi le champ d'application des directives d'interprétation.

**743.** En droit sénégalais, le législateur appelle à l'interprétation du contrat mais nul doute que le juge appliquera le même schéma qu'en France. Cela semble logique en ce qui concerne l'interprétation des actes juridiques qui ne se limite pas au contrat mais s'étend à tous les actes juridiques.

## ***§ 2. L'élargissement normatif des directives d'interprétation par la Cour de cassation***

**744.** Devant le silence assourdissant du législateur face à l'émergence d'autres types de contrats, la création d'autres règles plus adaptées est nécessaire pour répondre à ce besoin.

---

<sup>406</sup> Cass. civ. 2, 15 octobre 2017, n° 16.23.050.

<sup>407</sup> Cass. civ. 1, 23 janvier 2007, n° 06-16.062.

<sup>408</sup> Cass. civ. 1, 4 juin 2009, n° 08-16.584.

<sup>409</sup> Cass. civ. 1, 23 janvier 2001, n° 97-20.618.

<sup>410</sup> Cass. soc., 4 juin 2014, n° 13-18.914.

Ainsi, dans un contexte de mutation du contrat, les règles demeurant restent inapplicables et le juge doit en créer de nouvelles pour pallier le silence du législateur. Il en va ainsi des dispositions relatives à l'interprétation qui ont connu un approfondissement grâce à l'œuvre du juge. Quand bien même le législateur exclut aujourd'hui ces œuvres jurisprudentielles dans la catégorie normes dites : « de l'interprétation des contrats », il est important de noter qu'elles ont été d'une grande utilité dans le prolongement de ces dernières.

**745.** Ainsi, la reconnaissance de la jurisprudence comme source normative lui a permis de créer d'autres directives d'interprétation qui consistent soit en l'ajout d'obligations dans le contenu contractuel (A), soit en la suppression de clauses contradictoires (B).

### **A. La consécration d'une directive d'interprétation par la Cour de cassation**

**746.** La liberté offerte au juge dans la découverte de la réelle intention des parties l'autorise d'une certaine manière à user des méthodes qui lui sont propres. Alors que la découverte de la commune intention des parties s'appuie sur des directives, celle-ci nécessite une recherche scientifique du juge. C'est dans cette recherche scientifique que le juge doit découvrir la réelle intention des parties qui peut résulter de l'utilisation d'une autre directive, celle qui repose sur l'équité, des usages ou de la bonne foi (1). Cette méthode d'interprétation consistant à consacrer d'autres obligations au contrat est nécessaire afin de retrouver la volonté réelle des parties (2).

#### **1. La directive d'interprétation relative aux usages, à l'équité et à la bonne foi**

**747.** Le contrat légalement formé peut rester silencieux sur certains aspects du contrat qui importent d'être énoncés. Etant non prévues par les parties, le juge crée certaines obligations supplémentaires à celles convenues par les parties, pour redonner le contrat une nouvelle qualification compte tenu de son contenu obligationnel.

**748.** Se pose alors la question de savoir ce qu'il reste du principe de l'intangibilité des conventions. Autrement dit, le principe de l'autonomie de la volonté ne disparaît-il pas au profit de l'immixtion du juge comme « troisième partie » au contrat ?

**749.** Au nom du principe de la force obligatoire du contrat, celui-ci doit être exécuté de bonne foi. Or, le juge est le gardien de la bonne foi des parties et il est admis que cette bonne foi doit être appréciée aussi bien lors de la conclusion du contrat que dans le cours de son exécution. Mais certains contrats manquent de dispositions essentielles de telle sorte que l'exécution devient litigieuse, voire onéreuse ou préjudiciable pour l'une des parties, remettant ainsi en cause le devoir de bonne foi. Pour y remédier, le juge doit équilibrer les obligations des parties en se fondant sur l'équité, la bonne foi et la loyauté contractuelle.

**750.** Par ailleurs, c'est précisément dans les contrats d'adhésion que les litiges dus à l'exécution se présentent. Étant un contrat non soumis à la négociation, les rédacteurs de contrat ou les professionnels peuvent omettre certaines dispositions essentielles qui remettent en cause l'exécution de bonne foi du contrat ou alors se produit un litige lors de son exécution.

**751.** C'est dans ce contexte de résolution du litige que le juge découvre une obligation essentielle devant être insérée au contrat. Par son rôle d'interprète, il doit à cette occasion combler ce vide en créant de nouvelles obligations qui se rajoutent au contenu du contrat pour rendre effective ou efficace l'exécution du contrat. Ce mécanisme place le juge au cœur de la formation du contrat, sans porter atteinte au principe de l'autonomie de la volonté des parties.

**752.** L'intangibilité des conventions n'est pas atteinte lorsque le juge procède à une création de nouvelles obligations au nom l'équité et de la bonne foi. Son intervention demeure parallèle à la volonté non exprimée des parties. C'est-à-dire combler un vide laissé par les parties au moment de la conclusion du contrat. Pour assurer la cohérence des obligations ajoutées par le juge à celles voulues par les parties, son œuvre de création de nouvelles dispositions complémentaires est contrôlée par la haute juridiction en cas de faute ou de dénaturation du contrat.

**753.** Ainsi, la création de nouvelles obligations contractuelles peut toucher différents domaines du contrat comme le transport, la consommation, le travail etc. Par exemple, dans les contrats de transport, le conducteur a une obligation de transporter le passager sain et sauf jusqu'à destination, faisant de cet engagement une obligation de résultat et de sécurité. Le juge pour la première fois en 1911 a établi un catalogue d'obligations existant dans tous les contrats de transport. Un arrêt de la Cour de cassation illustre ce pouvoir créateur

d'obligations par juge. Il s'agit d'un contrat de transport maritime légalement formé que les parties sont tenues d'exécuter. L'un des passagers s'est grièvement blessé par le fait des choses du conducteur et a demandé réparation des dommages et intérêts. Le contrat étant légalement établi, le passager ne pouvait obtenir des dommages et intérêts. Devant le juge, ce dernier retient qu'une obligation de sécurité et de résultat est admise pour la protection des passagers<sup>411</sup>. Cette nouvelle obligation permet à la victime d'un accident d'apporter la preuve des faits afin d'engager la responsabilité du transporteur<sup>412</sup>.

**754.** La création des obligations a été étendue à d'autres contrats, tels les contrats de consommation conclus entre professionnels et consommateurs. Cette jurisprudence créatrice d'obligations a évolué notamment en s'appuyant sur le Code civil français lorsqu'il déclare que « les contrats obligent à toutes les suites que leur donne l'équité, l'usage ou la loi »<sup>413</sup>. Il convient de noter que son action est contrôlée par la Cour de cassation notamment lorsque le juge dans son pouvoir d'interprétation créatrice, omet de noter ou refuse d'établir une obligation qu'il a découverte. La Cour de cassation exerce ainsi un contrôle sur le pouvoir créateur du juge.

**755.** Le Code des obligations civiles et commerciales prévoit également que « en l'absence de volonté exprimée, le contrat oblige à toutes les suites que la loi, l'équité, l'usage donne à l'obligation d'après sa nature »<sup>414</sup>. Le juge sénégalais détient ce même pouvoir d'interprétation créatrice de nouvelles obligations. Selon la disposition suscitée, il appartient au juge de combler les lacunes laissées par les parties au nom du principe de bonne foi, d'équité et de loyauté contractuelle.

## **2. La consécration des obligations issues de l'interprétation par la Cour de cassation**

**756.** L'interprétation créatrice du juge a pour finalité de combler des lacunes dans le contrat. De ce fait, consacre des obligations nouvelles au contenu du contrat. Ces obligations sont aujourd'hui présentes dans tous les contrats d'adhésion dans lesquels les dispositions soustraites à la négociation sont rédigées par l'une des parties. Ce sont notamment les contrats conclus entre les professionnels et les consommateurs et non professionnels. Ces obligations

---

<sup>411</sup> Cass. civ. 1, 21 novembre 1911.

<sup>412</sup> *Ibid.*

<sup>413</sup> Nouvel article 1194 du Code civil.

<sup>414</sup> Article 103 al. 1 du COCC.

complémentaires permettent aux parties de détenir des preuves ou permettent à la victime d'obtenir des dommages et intérêts, en cas de litige.

**757.** Dans les contrats de consommation, en particulier dans les contrats de vente, existe l'obligation d'information, de renseignement et de conseil. En effet, la vente suppose le paiement du prix et la remise de la chose. En principe, le vendeur étant le professionnel, il n'a pas que le devoir de vendre la chose, il doit également en dire plus à l'acquéreur sur la chose vendue. C'est ainsi qu'une obligation d'information pèse sur lui en informant son client sur les caractéristiques essentielles du bien ou service, ce qui inclut aussi le devoir de fournir des conseils d'utilisation de la chose, voire la notice d'utilisation. Cette information peut se faire par le biais des étiquetages, de publicité ou encore oralement. L'obligation d'information a connu une évolution jurisprudentielle depuis la réforme de 2016, qui s'étend à tous les professionnels et qui les soumet à un devoir général d'information à charge de prouver d'avoir bien délivré la chose.

**758.** La Cour de cassation a dans ce sens rendu une décision relative à l'obligation de renseignement qui pèse sur les vendeurs. Dans sa décision, elle affirme qu'en cas de litige pour défaut d'information, il incombe aux vendeurs d'apporter la preuve qu'ils se sont acquittés de leur obligation d'information. En l'espèce, un concessionnaire a vendu un véhicule neuf à un acheteur. Après l'achat, l'acquéreur attaque le concessionnaire devant un tribunal pour lui avoir dissimulé un défaut entraînant une décote au moment où il l'achetait au concessionnaire. Devant la cour d'appel, sa demande a été rejetée au motif que l'acheteur n'était pas parvenu à prouver qu'il n'avait pas été informé. La Cour de cassation a censuré la décision de la cour d'appel sur le fondement du nouvel article 1353 alinéa 2 du Code civil qui prévoit que « celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». Les juges affirment qu'« il incombe au vendeur professionnel, tenu envers son acquéreur d'une obligation de renseignement et d'information, d'établir qu'il a exécuté cette obligation »<sup>415</sup>.

**759.** Dans les contrats de travail, il existe une obligation de sécurité envers les salariés. « L'employeur a l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des salariés de l'entreprise »<sup>416</sup>. Il doit mettre

---

<sup>415</sup> Cass. civ. 1, 11 octobre 2017.

<sup>416</sup> Article L 4121-1 du Code du travail.

en œuvre les moyens destinés à diminuer le risque de maladie ou d'accident professionnel, pour épargner une maladie ou un accident aux salariés. L'obligation de résultat est sa continuité dans la mesure où l'employeur doit poursuivre un but précis qui est d'empêcher que les salariés soient victimes d'une maladie professionnelle ou d'un accident professionnel.

**760.** L'obligation de moyen est définie par l'article 1137 du Code civil en vertu duquel « le débiteur s'engage à fournir tous les efforts nécessaires pour essayer d'atteindre l'objectif fixé ». Selon cette disposition, l'obligation de moyen s'oppose à celle de résultat dans la mesure où l'obligation de résultat comme son nom l'indique doit atteindre un résultat précis. Le manque de résultat entraîne automatiquement la responsabilité du débiteur. Or dans l'obligation de moyen, il n'est pas établi que le débiteur doit atteindre un résultat précis. De plus, qu'en cas d'engagement de la responsabilité, il incombe au créancier de prouver que son débiteur n'a pas mis en œuvre toutes les solutions dont il disposait pour atteindre le résultat.

**761.** Dans les contrats de transport, le législateur prévoit que « l'obligation de sécurité pèse sur le transporteur dès l'instant où le voyageur accède au véhicule ou, le cas échéant, aux installations spécialement aménagées par le transporteur en vue du transport »<sup>417</sup>.

**762.** Le droit sénégalais reste silencieux sur ces obligations consacrées par le juge. Il existe une carence de jurisprudence sénégalaise. Néanmoins, la loi n° 94-63 du 22 août 1994 portant sur le droit de la consommation, notamment sur la concurrence, les prix et le contentieux économique, consacre l'obligation d'information à l'égard de la consommation par la publicité de prix, l'affichage, le marquage, l'étiquetage, la communication des barèmes de prix<sup>418</sup>.

## **B. La consécration d'un principe correcteur dans la continuité des directives d'interprétation**

**763.** Le principe correcteur vise à remettre dans une situation antérieure les parties dont les actes ou les paroles sont contradictoires avec leur volonté réelle sur la base duquel elles ont consenti. Ce principe se matérialise par une exigence d'un devoir de cohérence des clauses

---

<sup>417</sup> Article 645 al. 2 du COCC.

<sup>418</sup> Article 33, titre 2, paragraphe 1 de la loi n° 94-63 du 22 août 1994.



contractuelles (1) dont la méconnaissance peut conduire à leur suppression ou à la nullité du contrat (2).

### 1. L'exigence d'un devoir de cohérence des clauses contractuelles

764. L'incohérence réside dans le fait qu'une partie, par son comportement peut créer dans l'esprit de son contractant une croyance légitime sur la base d'une contradiction de celui-ci, l'amenant à agir en contradiction avec son propre comportement antérieur sur la foi duquel il s'est légitimement fondé pour accepter les clauses contractuelles. L'incohérence peut aussi se manifester dès lors que le contractant agit en contradiction avec son propre comportement antérieur sur la base duquel son contractant s'est fondé pour accepter le contrat.

765. De ce fait, l'incohérence peut semer le doute, l'ambiguïté dans l'esprit de l'autre partie sur les clauses du contrat. C'est pourquoi, la Cour de cassation a mis en œuvre l'idée en vertu de laquelle « un contractant dont les actes ou les paroles sont contradictoires, et qui trompe ainsi la confiance qu'il avait légitimement créée dans l'esprit de son cocontractant, lequel avait agi sur la foi de ses déclarations ou comportements initiaux, doit assumer les conséquences de ses contradictions contractuelles illégitimes »<sup>419</sup>.

766. Par ailleurs, les Principes relatifs aux contrats du commerce international (Unidroit) ont également adopté dans leur article 1.8, intitulé « Interdiction de se contredire »<sup>420</sup>, aux termes duquel « une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a cru susciter chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage ».

767. Ainsi, depuis plusieurs années déjà, la Cour de cassation a mis en œuvre l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui<sup>421</sup>. Il l'a par la suite réitérée dans plusieurs décisions de justice, notamment celle-ci où, afin d'accaparer des actifs de la société cofondée par sa défunte mère et de son beau-père, un héritier se contredit devant deux juridictions différentes, induisant ainsi l'adversaire en erreur sur ses intentions. En effet, devant la première juridiction, il déclare qu'il entend seulement voir les actifs de sa mère distribués à Werf conformément à la volonté d'Emery et Wendy (les fondateurs de la Société Werf en

---

<sup>419</sup> Cass. civ. 3, 28 janvier 2009, n° 07-20.891.

<sup>420</sup> Denis MAZEAUD « Le principe de cohérence », *Revue des contrats*, 2009, n° 3, p. 999.

<sup>421</sup> Cass. civ. 3, n° 07-20.891, *op. cit.*

l'occurrence sa défunte mère et son beau-père), et en aucun cas ne cherche à accaparer les actifs distribués à Werf. Devant la seconde juridiction, il soutient que les actifs des entités intimées faisaient partie du patrimoine de sa mère et demande que leurs actifs soient inclus dans le patrimoine de celle-ci dont il est l'unique héritier réservataire. Ce à quoi la Cour de cassation désapprouve en posant le principe de l'interdiction de contredire au détriment d'autrui énonçant que « le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui suppose que les prétentions de la partie à laquelle la fin de non-recevoir est opposée, induisent l'adversaire en erreur sur les intentions de leur auteur »<sup>422</sup>.

**768.** Dans la même foulée, cette fois sur la contradiction procédurale, elle affirme que le demandeur ne se saurait par exemple contester la compétence de la juridiction qu'il a lui-même saisi<sup>423</sup>. La chambre commerciale la rejoint dans cette même lancée lorsqu'elle prononce une censure fondée sur le principe selon lequel, « nul ne peut se contredire au détriment d'autrui »<sup>424</sup>. Elle a par la suite défini le principe de cohérence comme un changement de position au détriment de son adversaire<sup>425</sup>.

**769.** Ce principe est toutefois procédural car il est cantonné au domaine procédural par la jurisprudence. Elle sanctionne l'attitude procédurale consistant pour une partie, au cours d'une même instance, à adopter des positions contraires ou incompatibles entre elles dans les conditions qui induisent en erreur son partenaire sur ses intentions<sup>426</sup>.

**770.** En droit sénégalais, le principe de cohérence apparaît dans les dispositions relatives à l'interprétation du contrat. Tandis que le droit français l'exclut des règles de l'interprétation, le législateur sénégalais l'admet dans une disposition intitulée : clauses contradictoires. L'alinéa 2 de cette disposition énonce que « entre clauses inconciliables ou contradictoires, celle qui reflète le mieux la volonté commune des parties a la préférence »<sup>427</sup>. Même si ces contours ne sont bien cernés, le principe de cohérence demeure dans le droit sénégalais à travers la lettre de l'article 102 al. 2 du Code des obligations civiles et commerciales.

---

<sup>422</sup> Cass. civ. 1, 24 septembre, 2014, n° 13-14.534

<sup>423</sup> Cass. civ. 1, 28 février 2018, n° 16-27.823.

<sup>424</sup> Cass. com., 20 septembre 2011, n° 10-22.888.

<sup>425</sup> Cass. com., 20 mai 2013, n° 11-26.543.

<sup>426</sup> Cass. civ. 2, 15 mars 2018, n° 17-21.991.

<sup>427</sup> Art. 102 al. 2 du COCC.

## 2. L'éradication des clauses contradictoires

771. L'interdiction de se contredire est définie comme une cohérence à adopter dans sa parole donnée. L'interdiction de changer sa position au détriment de son adversaire. Ainsi, les clauses contradictoires sont éradiquées à travers la prise en compte du comportement antérieur du contractant. En d'autres termes, la cohérence de l'acte est restituée par la reconnaissance de l'engagement et l'éradication de la contradiction.

772. À l'instar des clauses abusives, les clauses contradictoires sont supprimées mais à la différence de celles-ci, elles sont remplacées par l'engagement antérieur donné. L'éradication consiste vraisemblablement à remplacer la contradiction par la parole donnée, c'est-à-dire le véritable engagement.

773. L'établissement du véritable engagement par l'éradication des clauses contradictoires permet au juge de requalifier le contrat à travers son contenu obligationnel antérieur. En effet, la clause contradictoire change le contenu du contrat et par conséquent modifie l'objet du contrat au détriment d'une partie. En restituant ainsi la véritable intention des contractants, le juge requalifie le contrat tel qu'il résulte des engagements mutuels et antérieurs des parties.

774. Ainsi, la Cour de cassation pour condamner une banque, a admis que celle-ci s'est contredit en ayant fait fonctionner de manière indépendante les comptes liés par une convention d'unité, et par conséquent, elle n'a pas été admise à se prévaloir de cette clause<sup>428</sup>. De même, elle refuse au déléguant le droit de réclamer paiement au délégué avant que l'opération se soit réalisée<sup>429</sup>, tout comme elle refuse à l'assureur qui s'est prévalu de la nature décennale de certains désordres pour exiger de son assuré le versement de primes majorées de contester la même garantie afin d'être tenu d'une indemnisation moindre<sup>430</sup>.

775. La contradiction peut également exister lorsque deux clauses contractuelles se contredisent sur la même opération si bien qu'elles apparaissent ambiguës aux yeux des parties. Dès lors le juge doit mettre en œuvre cet argument : des règles spéciales qui dérogent aux règles générales. De ce fait, la clause figurant dans les conditions particulières doit

---

<sup>428</sup> Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-15.782. Dimitri HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, Bruylant, Bruxelles, 5<sup>e</sup> éd., 2020, p. 520.

<sup>429</sup> Cass. com., 28 avril 1987, bull., IV, n° 150.

<sup>430</sup> Cass. civ. 3, 28 janvier 2009, n° 07-20.891. Dimitri HOUTCIEFF, *op. cit.* p. 520.

prévaloir sur la clause se trouvant dans les conditions générales. Ainsi, par le jeu du principe *specialia generalibus derogant* l'éradication de la clause contradictoire consiste à remplacer l'une des clauses contradictoires par une autre lorsque celle-ci manifeste davantage la volonté réelle des parties<sup>431</sup>. Ce processus est également valable pour deux contrats poursuivant la même opération mais qui se contredisent sur leur finalité<sup>432</sup>.

La contradiction demeure ainsi sanctionnée et les clauses contradictoires sont éradiquées. L'éradication des clauses contradictoires implique que le comportement du contractant ne peut être rattaché ni aux obligations voulues par les parties, ni à celles imposées par la juge au nom de l'usage, de l'équité et de la loi<sup>433</sup>.

**776.** Par ailleurs, l'éradication des clauses contradictoires s'applique en l'espèce par le même processus que l'ajout des obligations au contenu contractuel par le juge. Mais l'inverse de celui-ci, l'éradication de la clause contradictoire consiste à supprimer une obligation contraire à celle qui a été initialement voulue par le partenaire contradictoire. De ce fait, le juge peut après éradication de la clause contradictoire, redéfinir le contrat à travers son contenu obligationnel antérieur, comme il le ferait lorsqu'il rajoute une nouvelle obligation au contenu du contrat.

**777.** En droit sénégalais, ce processus est applicable à tout contrat qui contient des clauses contradictoires. L'article 102 al. 2 énonce expressément que « entre clauses inconciliables ou contradictoires, celles qui reflètent le mieux la volonté commune des parties a la préférence ». Cette disposition ne règlemente pas vraisemblablement le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Toutefois, ce principe peut être soumis à l'application de cette disposition tant que la contradiction est soulevée. S'il est vrai que la discordance ou contradiction des clauses constitue une obscurité donnant lieu à interprétation, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui rempli tous les critères pour être dans le champ d'application de l'article 102 al. 2 du Code des obligations civiles et commerciales.

---

<sup>431</sup> Cass. com., 21 juin 2017, n° 15-11.154.

<sup>432</sup> Cass. com., 5 juillet 2017, n° 16-10.325.

<sup>433</sup> *Ibid.*, p. 519.

## **Section 2. L'apport supplémentaire de la Cour de cassation aux normes d'interprétation : le contrôle de la liberté de l'interprétation**

**778.** L'interprétation ne consiste pas seulement à rechercher la commune intention des parties et d'en déterminer la portée du contenu du contrat. Elle englobe également d'une certaine manière des limites aux pouvoirs souverains des juges du fond. En effet, la force obligatoire et l'intangibilité des conventions ne permettent pas la violation de la loi des parties. C'est dans ce sens que la Cour de cassation entend renforcer les règles relatives à l'interprétation qui ne sont pas exclusives aux juges du fond. Désormais, la liberté d'interprétation est soumise au contrôle de la Cour de cassation pour dénaturation du contrat interprété, lequel n'a pas été auparavant pris en compte par le législateur. Codifiant le droit français, la Cour de cassation sénégalaise aborde dans le même sens.

Il convient dès lors d'analyser l'apport de la Cour de cassation à travers le recours au contrôle par la technique de la violation des règles impératives définies par la loi et par la jurisprudence (§ 1) et l'apport de la Cour de cassation à travers la consécration du contrôle de la dénaturation du contrat interprété (§ 2).

### ***§ 1. Le recours au contrôle par la technique de la violation des règles impératives***

**779.** L'interprétation du contrat ne consiste pas uniquement à rechercher la volonté réelle des parties mais vise essentiellement à déterminer le contenu du contrat. Redonner à ce dernier son véritable sens tel que l'auraient voulu par les parties. Cependant le processus de l'interprétation obéit à des règles que doivent suivre les juges pour mener à bien leur mission.

**780.** D'abord le contrat étant la loi des parties, le juge doit tenir compte de la volonté de celles-ci quel qu'en soit le mode d'interprétation. Il ne doit en aucun cas substituer la volonté de ces dernières à la sienne ou donner le contrat un autre sens différent de celui que les parties ont voulu lui donner. Ensuite, le contrat étant un acte juridique qui obéit à des règles qui le transcende, le juge doit tenir compte de ces règles lors de l'interprétation. Il ne doit pas ignorer la violation de ces règles par les parties et ce, même s'il doit aller à l'encontre de la volonté de celles-ci, au risque de lui-même violer la loi, surtout lorsque celle-ci est d'ordre public.

C'est dans cette optique que la Cour de cassation a instauré des techniques de contrôle basée sur la violation de la loi impérative (A) et sur la violation des règles imposées par la jurisprudence (B).

### **A. Le contrôle de la violation de l'ordre public défini par le législateur**

**781.** En France comme au Sénégal, la Cour de cassation exerce un contrôle de la violation de la loi à l'issue de l'interprétation exercée par les juges du fond. Ce contrôle n'est possible qu'en présence d'une loi impérative.

**782.** Les lois impératives sont celles qui n'autorisent aucune violation ni dérogation, sauf le cas des personnes auxquelles elles s'appliquent, si ces règles n'ont été prises que dans leur intérêt et pour leur seule protection. Dans ce cas seulement, elles peuvent être dérogées. Elles défendent l'ordre public et la jurisprudence considère que la violation de ces dispositions porte atteinte à ce dernier.

**783.** A ce propos, si les parties ont disposé dans leur contrat à une loi impérative, le juge du fond est tenu de faire respecter l'ordre public et ne pas permettre que les parties ignorent la loi impérative. Si tel est le cas, l'action de la Cour de cassation doit consister à sanctionner ou à censurer la décision du juge du fond pour violation de la loi.

Par exemple, sous couvert d'une violation de la loi impérative du contrat, la Cour a remis en cause l'interprétation souveraine par la cour d'appel<sup>434</sup>. L'interprétation, bien qu'elle consiste à dissiper une obscurité, la volonté réelle des parties ne doit pas aller en l'encontre d'une loi impérative. En d'autres termes, lorsque le juge retrouve l'intention commune des parties, celle-ci ne doit en aucun cas être contraire à l'ordre public. Si tel est le cas, sa décision doit être censurée par la Cour de cassation pour violation de la loi.

**784.** De même, lorsque les juges du fond privent d'effet une disposition contractuelle contraire à l'ordre public, ils ne tirent pas les conséquences légales de leurs constatations qui consistent à dire aux parties que l'ordre public est applicable en l'espèce<sup>435</sup>. Dans ce cas, l'interprétation du juge du fond doit être remise en cause par la Cour de cassation sur le

---

<sup>434</sup> Cass. civ. 1, 6 mars 1996, n° 94-16.671.

<sup>435</sup> Daniel TRICOT, « Le juge : le contrôle de dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions », *Revue des contrats*, 2015, n° 1, p. 149.

fondement de l'article 6 du Code civil : « on ne peut pas déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Conséquemment, les dispositions contractuelles contraires à l'ordre public ne peuvent produire des effets sur la base des dispositions de l'article précité.

**785.** Par ailleurs, la violation de la loi du contrat ne constitue pas le seul moyen de cassation. A côté du contrôle de la violation de la loi, la Cour exerce un contrôle de motivation des décisions des juges du fond. C'est le contrôle de manque de base légale.

**786.** Le manque de base légale constitue un vice de fond. C'est un moyen invoqué par la Cour de cassation lorsqu'une décision rendue par le juge du fond en dernier ressort ne permet pas de distinguer si le juge qui l'a rendue a statué en droit ou en fait. En d'autres termes, le manque de base légale est un défaut de motivation. Il est caractérisé par une insuffisance de motifs qui ne permet pas de dire si la règle de droit est correctement appliquée.

Le défaut de motivation est sanctionné par l'article 445 al. 1 du CPC qui énonce que « le jugement doit-être motivé ».

La motivation permet de comprendre le raisonnement juridique du juge du fond lorsque celui-ci prend une décision à l'issue de l'interprétation. Elle consiste à s'appuyer sur la règle de droit pour rendre une décision. Si tel n'est pas le cas, la décision rendue est entachée d'un vice de fond caractérisé par une insuffisance de motivation et l'erreur qui en résulte est une erreur de droit qui repose sur une mauvaise application de la règle de droit. Ainsi, c'est dans l'exercice de l'office du juge du fond de motiver sa décision lorsqu'il statue. Celle-ci doit suffisamment être motivée sous peine de censure de la Cour de cassation.

**787.** Le manque de base légale est ainsi invoqué par la Cour de cassation au visa de l'article 602 du CPC énonçant que la Cour de cassation peut sanctionner la non-conformité du jugement à la règle de droit, en imposant des méthodes d'analyse au juge du fond qui doit s'appuyer sur ces dernières pour motiver sa décision.

Par exemple, les juges du fond, afin de rendre une décision, appliquent les dispositions de l'article 1188 al. 1 du Code civil qui dispose que « le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes ». Ils peuvent retenir que les clauses du contrat sont claires et précises sans se détacher de la lettre du contrat. Or le juge ne peut refuser d'interpréter un acte ambigu, notamment par la recherche de la commune

intention des parties, au prétexte qu'il serait clair en se basant que sur l'*instrumentum*<sup>436</sup>. En conséquence, la Cour de cassation a décidé qu'« en se déterminant ainsi, sans rechercher alors qu'elle y était invitée la commune intention des parties au-delà de la lettre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale »<sup>437</sup>.

**788.** De même, elle a aussi censuré la cour d'appel qui a privé de base légale sa décision en retenant qu'il n'y avait aucune ambiguïté d'une clause qui signifiait qu'en « cas de vente des actions d'une société à certaines conditions, le vendeur devrait verser au bénéficiaire désigné une somme d'argent, que la détermination du montant était fixée par une clause contenant la mention suivante : le tout net de la fiscalité sur la plus-value »<sup>438</sup>. Considérant qu'il n'y avait aucune ambiguïté, la cour d'appel a retenu que les parties ont consenti que le calcul devait être effectué sans prendre en compte la fiscalité sur les plus-values. Or la clause faisait allusion à la fiscalité sur la plus-value qui devait être déduite de la partie de la plus-value à reverser. Qu'en statuant ainsi sans rechercher quelle était la commune intention des parties, la cour d'appel prive sa décision de base légale. La Cour de cassation censure la décision au visa des articles 1188 du Code civil<sup>439</sup>.

**789.** Le contrôle de motivation vise à censurer les jugements illégaux des décisions des juges du fond. Autrement dit le manque de base légale peut être invoqué si la motivation en fait et en droit ne permet pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle.

## **B. Le contrôle de la violation des règles imposées par la jurisprudence**

**790.** Les règles posées par la jurisprudence correspondent aux obligations imposées par la Cour de cassation. Issues généralement de l'interprétation « créatrice » de la Cour de cassation, elles sont jugées essentielles par rapport à celles dites accessoires et leur supériorité tient au fait qu'elles sont inviolables et doivent obligatoirement être présentes dans tous les contrats auxquels elles sont naturellement rattachées. Elles ne sont pas généralement le fruit de la volonté des parties mais inhérentes au contrat et les parties ne peuvent ni les ignorer ni les écarter. Si tel n'est pas le cas, leur manquement doit entraîner une exécution litigieuse du

---

<sup>436</sup> Yves-Marie LAITHIER, « En cas d'ambiguïté, les juges du fond ont l'obligation de rechercher la commune intention des parties pour interpréter le contrat », *Revue des contrats*, 2019, n° 2, p. 14.

<sup>437</sup> Cass. com., 28 novembre 2018, n° 15-17578.

<sup>438</sup> Yves-Marie LAITHIER, *op. cit.* n° 2 ; Cass. civ. 1, 30 janvier 2019, n° 18-10796.

<sup>439</sup> Cass. civ. 1, 30 janvier 2019, n° 18-10796.



contrat. Encore faut-il que les juges du fond puissent, lors de l'interprétation du contrat retenir la supériorité des obligations essentielles.

Par exemple, dans le cadre d'un contrat de fourniture de biens, comme la vente, l'un des contractants est soumis à une obligation de résultat. C'est l'engagement d'une partie au contrat à parvenir à un résultat établi au sein de celui-ci, comme la livraison de la chose vendue en l'espèce. De ce fait, la qualification d'une obligation de moyen au lieu d'une obligation de résultat dans ces circonstances peut donner lieu à une exécution litigieuse car le vendeur n'a pas tenu son engagement qui consiste en la remise en main propre de la chose vendue à son propriétaire. Il n'est pas tenu que d'une obligation de moyen qui consiste à mettre en œuvre toutes les dispositions nécessaires pour parvenir la chose vendue à son propriétaire. Il a en outre l'obligation d'assurer la livraison de la chose vendue. Dès lors, les juges du fond qui retiennent une obligation de moyen au lieu d'une obligation de résultat dans ce cas peuvent affecter la partie faible, la partie la plus vulnérable en cas de perte de la chose, par exemple.

**791.** Ainsi, ce raisonnement par les juges du fond peut être sanctionné par la Cour de cassation sur le fondement de la violation d'une règle supérieure qui s'impose au juge. En effet, la schématisation obligation de résultat /obligation de moyens est une création jurisprudentielle. Ce sont les décisions de justice qui ont schématisé les pratiques en la matière si bien que l'attente du débiteur est claire et précise en ce qui concerne telle ou telle obligation. Par exemple s'agissant des obligations de résultat, existe l'obligation de sécurité qui pèse sur le transporteur vis-à-vis des passagers<sup>440</sup> ou encore de l'employeur à l'égard de ses employés ou salariés. Il en va également de l'obligation de livrer une chose promise ou vendue, l'obligation de réparer qui incombe à tout professionnel qui fournit une prestation de réparation de biens<sup>441</sup>, excepté l'obligation de guérir car le médecin ne peut garantir la guérison d'une maladie mais il doit tout mettre en œuvre pour le soigner<sup>442</sup>. Toutefois, la jurisprudence a admis que pesait sur le médecin une obligation de résultat pour les matériels et les produits qu'il utilise<sup>443</sup>. Toutes les obligations qui ne nécessitent pas de résultats sont considérées comme des obligations de moyens. C'est une norme jurisprudentielle qui s'impose au juge du fond dans le cadre de l'interprétation. Dès lors, en cas de d'ambiguïté des

---

<sup>440</sup> *Cass. mixte*, 28 novembre 2008, n° 06-12307.

<sup>441</sup> *Cass. civ. 1*, 2 février 1994, n° 91-18764.

<sup>442</sup> *Cass. civ. 1*, 4 janvier 2005 : l'obligation qui pèse sur le médecin de soigner son patient, qui donc n'a nullement l'obligation de le guérir.

<sup>443</sup> *Cass. civ.*, 20 mai 1936, Mercier.

clauses sur la portée de l'obligation, c'est au juge du fond de décider si cette obligation est de moyen ou de résultat.

**792.** Dans une décision de la Cour de cassation rendue le 27 janvier 2010, la troisième chambre civile a rejeté un pourvoi qui a fait grief à la décision de la cour d'appel qui a retenu une obligation de résultat, notamment une obligation de conseil qui pesait sur un maître de l'ouvrage.

En l'espèce, un couple ayant obtenu un permis de construire avait confié la réalisation d'une construction d'une maison à usage d'habitation à la société Jolivet, les plans de la construction étant réalisés par une tierce personne. Les travaux ayant interrompus par le maire de la commune pour mauvaise implantation de la maison qui est non-conforme au plan d'occupation des sols, le couple assigne en justice la société Jolivet et l'architecte pour manque de devoir de conseil.

**793.** Pour se défendre, la société Jolivet déclare que le juge a requalifié le contrat d'entreprise en contrat de construction.

À cet égard, la Cour de cassation énonce que : « quelle que soit la qualification du contrat, un constructeur, qui est tenu envers le maître de l'ouvrage d'une obligation de conseil et de résultat, est responsable, avant réception, de la mauvaise implantation d'une maison »<sup>444</sup>.

Ainsi, que ce soient les juges du fond ou les parties, ceux qui méconnaissent la norme établie par la jurisprudence voient leur décision sanctionnée lors du contrôle tel qu'il est réalisé par les juges suprêmes.

## ***§ 2. La consécration du contrôle de dénaturation du contrat par la jurisprudence Foucauld et Coulomb***

**794.** Soucieux de respecter la volonté des parties par les juges du fond, dès lors que les termes sont clairs et précis, et de l'intangibilité du contrat, c'est ce à quoi le juge en charge du contrôle de la dénaturation est confronté.

Ainsi, le juge a pour la première fois sanctionné les juges du fond pour dénaturation à travers un arrêt de principe de la Cour de cassation, Foucault-Colombe du 15 avril 1872 qui vaut la codification du contrôle de la dénaturation du contrat.

---

<sup>444</sup> Cass. civ. 3, 27 janvier 2010, n° 08-18.026.

A travers cette jurisprudence, la Cour peut invoquer le contrôle de la dénaturation des clauses contractuelles (A) et du contrôle de requalification du contrat interprété (B)

### **A. Le contrôle de la dénaturation des dispositions contractuelles**

**795.** Le juge dispose d'un pouvoir souverain d'interprétation des clauses contractuelles lorsqu'elles sont obscures. L'interprétation n'étant requise qu'en cas d'ambiguïté ou d'obscurité des termes du contrat, la dénaturation est possible lorsque, bien que les termes soient clairs et précis, le juge les interprète en modifiant le sens et la portée du contrat. Lorsque son pouvoir d'interprétation devient arbitraire, sa décision est sanctionnée par la Cour de cassation qui exerce un véritable pouvoir de contrôle de dénaturation, comme moyen de protection de la force obligatoire du contrat.

**796.** La Cour de cassation peut non seulement exercer un pouvoir de contrôle sur les décisions du juge du fond en censurant la fausse qualification du contrat mais également de censurer sa dénaturation.

**797.** La dénaturation est le fait pour le juge du fond, sous prétexte d'interprétation, de modifier le sens clair et précis d'une clause contractuelle. Elle est une erreur d'interprétation grossière et manifeste d'un acte juridique par le juge du fond. Elle peut résulter soit de l'adjonction d'une clause que les parties ne prévoyaient pas dans le contrat ou d'une modification des obligations des parties.

Par exemple dans une décision de la Cour de cassation, la deuxième chambre civile a censuré la décision de la cour d'appel qui a dénaturé un contrat dont les clauses étaient claires et précises. En l'espèce, une assurée dans une situation d'incapacité s'est vu refuser la garantie par son assureur à l'avènement d'un sinistre au motif que pour bénéficier de cette garantie, il est nécessaire qu'elle soit dans l'incapacité d'effectuer l'ensemble des actes de la vie courante alors que la clause prévoyait que l'invalidité absolue et définitive suppose une invalidité obligeant l'assuré à avoir recours à une tierce personne pour effectuer les actes ordinaires de la vie. Dès lors, en retenant que cette clause exige la nécessité d'un tel recours permanent pour effectuer l'ensemble des actes ordinaires de la vie, la cour d'appel a dénaturé la clause claire et précise en ajoutant ainsi une condition que le contrat n'avait pas prévu<sup>445</sup>.

---

<sup>445</sup> Cass. civ. 2, 8 mars 2006, n° 04-18.351.

**798.** La dénaturation consiste également en l'omission d'une clause que les parties ont insérée dans le contrat. La Cour de cassation a à cet effet sanctionné l'arrêt de la cour d'appel qui a dénaturé un contrat qui stipule en ses termes clairs et précis que « la violation des règles du jeu dans la pratique de sport est laissée à l'appréciation des arbitres mais que le juge civil, saisi d'une action en responsabilité, est compétent pour apprécier une faute commise par l'un des participants à l'encontre des règles du jeu, qu'en statuant sur le fait que la faute commise par l'un des participants à l'encontre des règles du jeu doit être appréciée par les arbitres, la cour d'appel a omis une obligation insérée dans le contrat »<sup>446</sup>.

**799.** Le contrôle de dénaturation a été retenu pour la première fois dans un arrêt de principe de la Cour de cassation où le juge du fond a interprété un contrat en dénaturant ses clauses qui étaient claires et précises. Le principe retenu est que « il n'est pas permis aux juges, quand les termes d'une convention sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elle renferme »<sup>447</sup>.

**800.** Le droit sénégalais sur la question de dénaturation rejoint le droit français car le législateur prévoit que « si les termes du contrat sont clairs et précis, il ne peut sans dénaturation leur donner un autre sens »<sup>448</sup>. De même est censuré par l'arrêt rendu par les juges d'appel dénaturant les termes clairs et précis d'une clause de règlement amiable<sup>449</sup>.

En effet, pour avoir méconnu les dispositions de ce texte, la cour d'appel de Dakar, a dénaturé une clause claire et précise d'un contrat d'assurance qui prévoyait que « les marchandises se rapportant à la profession de l'assuré consistent en tissus, revêtement de sol, moquettes, chaussures, toutes fournitures de maroquinerie ». En excluant les chaussures parmi les marchandises couvertes par le contrat d'assurance liant les parties alors que cette marchandise fait partie des biens garantis, tel qu'il est apparu dans la clause, la Cour de cassation censure « la dénaturation de la cour d'appel et remet la cause et les parties au même et semblable état où elles étaient avant ledit arrêt »<sup>450</sup>.

**801.** En dehors du contrôle de dénaturation, le juge de droit opère un contrôle de la qualification du contrat réalisé par le juge du fond. C'est le contrôle effectué sur la catégorie d'appartenance de tel ou tel autre contrat. En effet, lorsqu'en interprétant le contrat, le juge

---

<sup>446</sup> Cass. civ. 2, 10 juin 2004, n° 02-18.649.

<sup>447</sup> Arrêt Foucault-Colombe, Cass. civ., 15 avril 1872.

<sup>448</sup> Article 100 du COCC.

<sup>449</sup> Cass. civ. et com., 1<sup>er</sup> avril 1998, n° 11.

<sup>450</sup> Cass. civ. et com., 15 juin 2005, n° 90.

commet une erreur de qualification en considérant le contrat comme une vente au lieu d'un bail, la Cour de cassation peut censurer cette décision pour mauvaise qualification du contrat<sup>451</sup>.

## B. Le contrôle de la requalification du contrat interprété

**802.** Le contrôle de la requalification du contrat correspond au contrôle de la méconnaissance de la loi des parties dès lors que les juges du fond donnent un autre sens au contrat que celui qui résulte de la volonté des parties<sup>452</sup>.

**803.** L'interprétation consiste à donner le sens véritable du contrat à travers son contenu obligationnel ; ceci afin de faire application du régime adéquat<sup>453</sup>. En effet, la requalification du contrat s'effectue à travers la prise en compte des obligations essentielles de celui-ci face à un contrat improprement qualifié. Le juge est donc tenu de rechercher ce que les parties ont réellement voulu, et de donner à cette volonté la qualification juridique qui lui convient<sup>454</sup>. La qualification que les parties ont donné à leur contrat ne liant pas le juge, celui-ci doit restituer la véritable qualification du contrat sans arrêter à la dénomination que les parties ont proposé à ce dernier<sup>455</sup>.

**804.** Cependant, il peut arriver que le juge donne au contrat une mauvaise qualification le privant ainsi de ses effets. Et si l'interprétation est une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond, « elle n'en demeure pas moins soumise au contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation »<sup>456</sup>. En effet, la dénaturation du contrat prive celui-ci de ses effets. C'est pourquoi, la Cour de cassation doit veiller avec attention à l'exactitude de la qualification juridique retenue par le juge du fond. Si tel n'est pas le cas, elle peut invoquer son contrôle de dénaturation pour censurer les décisions des juges du fond.

**805.** Une décision de la deuxième chambre civile de la Cour a censuré la cour d'appel pour mauvaise qualification d'un contrat d'assurance. En l'espèce, un assuré avait consenti deux

---

<sup>451</sup> La qualification est un problème de droit qui relève évidemment de la compétence de la Cour de cassation.

<sup>452</sup> Arrêt Foucault-Colombe, *op. cit.*

<sup>453</sup> Dimitri HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *op. cit.*, p. 526.

<sup>454</sup> Sandrine RICHARD, « La requalification du contrat de distribution par le juge », *Lettre des réseaux*, disponible sur <https://www.lettredesreseaux.com>.

<sup>455</sup> Art. 12 al. 2 du CPC.

<sup>456</sup> Sandrine RICHARD, *op. cit.*

contrats d'assurance auprès de la société AGF comportant des garanties de soins et de prévoyance identiques en termes de montant nominal, mais différentes sur certaines clauses. La cour d'appel a retenu que ces deux contrats d'assurance successivement souscrits par le même assuré portaient sur le même objet et composaient un ensemble contractuel unique.

**806.** A ce propos, la Cour retient que « le juge ne peut modifier la loi contractuelle sous couvert de son interprétation en ajoutant au contrat interprété des clauses qu'il ne comporte pas »<sup>457</sup>. Par conséquent, censure la décision de la cour d'appel pour mauvaise qualification sur le fondement de l'article 1191 du Code civil.

---

<sup>457</sup> Cass. civ. 2, 3 juillet 2014, n° 13-22.418.

## Conclusion du chapitre

**807.** En France, la lecture des nouvelles dispositions du Code civil relatives à l'interprétation du contrat fait apparaître un retranchement de celles-ci laissant un sentiment d'inabouti.

Cette restriction s'explique aisément par l'épurement des dispositions relatives à l'interprétation. En effet, les nouveaux textes appellent uniquement à l'interprétation en écartant toutes les dispositions qui, autrefois, faisaient partie intégrante des directives d'interprétation. Pour le législateur, les dispositions qui n'entretiennent aucun lien avec l'interprétation doivent être placées hors du champ d'application de celle-ci. Ce sont surtout les dispositions d'origine jurisprudentielle créées sous le silence du législateur qui ont été écartées en l'espèce. Par exemple, l'interprétation appelée « créatrice » n'est plus considérée comme une directive d'interprétation sous l'empire de la loi nouvelle. Le législateur a plutôt préféré lui attribuer le terme « détermination du contenu du contrat », l'écartant ainsi du champ d'application des dispositions relatives à l'interprétation, ainsi que les clauses contradictoires qui sont confinées au régime de la formation du contrat. Il est donc possible d'en déduire que le législateur a rendu cruciales les règles de l'interprétation par leur brièveté et leur finesse.

**808.** Toutefois, si le législateur reste bref et fin en ce qui concerne les dispositions de l'interprétation du contrat, celles-ci laissent en revanche un sentiment d'inachevé. En effet, le législateur est resté silencieux sur certains points notamment sur la valeur normative des directives d'interprétation qui, dans certaine mesure peuvent être considérées comme de simples conseils par la Haute juridiction. De même, le caractère contraignant ou non des directives d'interprétation n'a pas été élucidé par le législateur. La hiérarchie des méthodes d'interprétation a été également éludée par les textes.

**809.** De ce fait, c'est au juge sous le silence du législateur de clarifier l'étendue des règles d'interprétation à travers la recherche de la volonté réelle des parties et le contrôle de cette liberté d'interprétation souveraine.

**810.** Au Sénégal, les dispositions relatives à l'interprétation sont proches de celles du droit français. En revanche, tandis que le législateur français écarte « l'interprétation créatrice » et « les clauses contradictoires » des dispositions relatives à l'interprétation, le législateur sénégalais l'admet dans le régime juridique de l'interprétation.

**811.** Le juge sénégalais, comparé au juge français, ne dispose pas assez de liberté. Ces deux institutions judiciaires se rejoignent par leur rôle d'interprète mais s'éloignent par la liberté conférée à chacun d'eux.



## CHAPITRE 2. LA CLARIFICATION PAR LE JUGE DE LA NOTION DE « STANDARD JURIDIQUE »

**812.** La notion de standard juridique est un concept peu familier du droit romano-germanique<sup>458</sup>. L'idée de standard juridique a été présentée pour la première fois en 1919 par le doyen Roscoe Pound dans un communiqué à un congrès de *l'American Bar Association*, le définissant comme « une mesure moyenne de conduite sociale correcte »<sup>459</sup>. Il s'en suivit d'autres acceptions données par plusieurs différents auteurs<sup>460</sup>. Mais force est de constater que pour certains d'autres eux, cette notion reste floue et incertaine. Elle apparaît comme « une notion assez vague, fondée sur ce qui se passe couramment dans la société et, au fond, de nature sociologique »<sup>461</sup>. Après tout, les standards juridiques ne sont que des emprunts du langage commun dont la définition est adaptée aux circonstances.

**813.** Les standards juridiques sont ainsi « des objets non juridiquement identifiés par le législateur »<sup>462</sup>. Les standards juridiques sont parfois qualifiés de « notions-cadres » ou encore de « concepts indéterminés ». Un cadre dont le contenu est variable et par essence interprétable en fonction des circonstances de faits, de lieux, de temps<sup>463</sup>. La variabilité des standards juridiques est ainsi d'ordre factuel, destinée à appréhender des éléments de faits et non de droit<sup>464</sup>. En effet, chaque standard juridique possède plusieurs sens compte tenu de la variabilité de leur contenu. D'où l'intérêt pour le juge de les définir en fonction des circonstances dans lesquelles ils se trouvent. Le but étant de leur donner une définition juridique. Ce sont des mots de la loi que le juge confère une valeur normative.

**814.** Les standards juridiques ont connu une prolifération dans la réforme du droit des contrats en France. Le législateur a beaucoup utilisé les standards juridiques dans le nouveau

---

<sup>458</sup> Bruno STURLESE, « Le juge et les standard juridiques », *Revue des contrats*, 2016, n° 2, p. 398.

<sup>459</sup> André TUNC, « Standards juridiques et unification du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 1970, p. 248. Voir les écrits de Nathan ROSCOE POUND à ce propos.

<sup>460</sup> Nathalie RUBIO, « La fabrication du droit de l'Union européenne dans le contexte de "Mieux légiférer" », *Confluence des droits*, 2017, p. 41, Stéphane RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Thèse, Droit, 1980 ; Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 2015, v° « Standards » ; *Lexique des termes juridiques*, Dalloz 2019, p. 726, v° « Standards ».

<sup>461</sup> André TUNC, *op. cit.*, p. 248.

<sup>462</sup> Bruno STURLESE, « Le juge et les standards juridiques », in « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », *Revue des contrats*, 2016, p. 398.

<sup>463</sup> *Ibid.*

<sup>464</sup> *Ibid.*

droit des contrats. En effet, la réforme du droit des contrats a eu pour conséquence principale de consacrer un droit des contrats déjà existant dans la pratique<sup>465</sup>. C'est une consécration de la jurisprudence créatrice dont sont issus principalement ces nouveaux standards<sup>466</sup>. De ce fait, il est compréhensible que le législateur confère au juge le pouvoir de déterminer la valeur normative des standards que lui-même a créés.

**815.** Au Sénégal, la notion de standards juridiques est très peu utilisée dans le Code des obligations civiles et commerciales. En dehors des standards juridiques préexistants telles que la bonne foi, l'équité, ou encore les bonnes mœurs, beaucoup de notions-cadres sont restées méconnues du Code des obligations civiles et commerciales.

**816.** L'insertion d'une multitude de standards juridiques dans le nouveau droit des contrats en France et leur usage non défini par la loi, permet au juge de leur offrir une conception juridique afin de renforcer leur intelligibilité et leur accessibilité. En effet, bon nombre de ces standards étant un emprunt du langage commun et une empreinte légale non définie par la loi, le juge doit leur attribuer une définition juridique. C'est un travail de collaboration entre les deux organes voulu par le législateur. Ce dernier confère au juge l'interprétation des standards juridiques afin de les doter d'une charge normative.

**817.** Ainsi, les standards juridiques sont des tempéraments à contenu essentiellement factuel, un contenu composé de notions variables que le juge définit par rapport aux circonstances de fait, de lieu et de temps.

Ces éléments factuels à charge normative auxquels le juge attribue une définition juridique se retrouvent dans le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (**Section 1**). Toutefois, ce pouvoir d'appréciation souveraine n'est pas discrétionnaire. C'est une liberté qui reste encadrée par la loi et par la Cour de cassation qui exerce un contrôle de nature disciplinaire<sup>467</sup> (**Section 2**).

---

<sup>465</sup> Elsa AUFFRET, « *Les standards juridiques et la réforme du droit des contrats* », Mémoire, Nantes, 2020, p. 90.

<sup>466</sup> *Ibid.*

<sup>467</sup> Bruno STURLESE, n° 2, *op. cit.*

## **Section 1. La charge normative des standards juridiques par les juges du fond**

**818.** Le législateur a conféré au juge du fond le pouvoir normatif de définir les standards juridiques sans usurper le rôle de celui-ci. Il s'agit d'une délégation de pouvoir, d'une collaboration entre les deux organes. Ce pouvoir normatif se retrouve dans l'appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi le juge est chargé de définir les standards juridiques au gré des circonstances en les revêtant d'une valeur normative (§ 2). Mais avant de procéder à la définition des standards juridiques, il convient de voir quels sont ces standards juridiques (§ 1).

### **§ 1. La notion de standard juridique**

**819.** Les standards juridiques sont les mots de la loi que le juge revêt d'un caractère normatif. En France, depuis la réforme du droit des contrats, les standards juridiques ont proliféré (A) à côté des standards déjà existants. Ces derniers ont cependant été étendus par le juge afin de s'adapter à l'évolution du contrat (B).

#### **A. La consécration de nouveaux standards juridiques dans le droit des contrats**

**820.** Les standards juridiques ont été multipliés à l'occasion de la codification du droit des contrats en France. Toutefois, ces standards n'ont rien de novateurs dans le droit. Ils ont été soit déjà imaginés par la jurisprudence, soit le législateur les avait déjà utilisés dans d'autres branches du droit<sup>468</sup>.

**821.** En effet, de nouveaux standards ont vu le jour au fil du temps, notamment à l'initiative du juge<sup>469</sup>. Quand le Code civil ne reflétait plus le droit des contrats en raison du vide juridique et de l'évolution du contrat avec l'apparition de la nouvelle technologie et des contrats d'adhésion dans les années 70, le juge a choisi de combler les lacunes du Code civil en créant de nouvelles normes, en l'occurrence les standards juridiques. En effet, de nouveaux contrats virent le jour et, comme la nouveauté rend vieux, les règles au demeurant sont restées inapplicables face au contrat en pleine mutation. Dès lors, le juge se lance dans un processus de création de dispositions pour compléter la règle de droit afin de l'adapter à la nouvelle situation du contrat.

---

<sup>468</sup> Nathalie BLANC, *op. cit.*, n° 2.

<sup>469</sup> Elsa AUFFRET, *op. cit.*, p. 6.

**822.** D'où l'apparition de nouveaux standards juridiques à la réforme du droit des contrats en France. Ainsi, cette prolifération était inévitable car les standards juridiques constituent une solution au vide juridique dû aux lacunes que peut renfermer la règle de droit<sup>470</sup>. Par la même occasion, cette prolifération a renforcé le pouvoir d'appréciation des juges du fond qui vient supplanter le législateur en s'endossant le rôle de créateur de norme et d'interprète de celle-ci<sup>471</sup>. Le but de la réforme ayant également pour but de consacrer les œuvres prétoriennes, la prolifération des standards juridiques s'explique aisément par cette consécration de la jurisprudence<sup>472</sup>.

**823.** D'autres standards juridiques ont aussi fait leur apparition dans d'autres branches du droit, cette fois-ci imaginés et élaborés par le législateur. Ainsi, par exemple, existe la notion de « de déséquilibre significatif » consacrée en droit de la consommation dans le cadre de la lutte contre les clauses abusives, le standard de « légitime » comme en matière de « légitime défense » en droit pénal ou encore d'« enfant légitime » en droit de la famille.

**824.** L'ordonnance a donc consacré ces nouveaux standards juridiques dans le Code civil à charge pour le juge de doter ces derniers d'un caractère normatif. C'est le cas des standards de « proportionnalité », de « faute », « d'abus », « d'attentes légitimes », de « délai raisonnable ou le raisonnable ».

**825.** D'abord, le principe de proportionnalité regroupe les notions tels que le « déséquilibre significatif » qui, autrefois était présent que dans le droit de la consommation désormais accueilli dans le droit commun des contrats dans le cadre de la lutte contre les clauses abusives, ou encore la « disproportion excessive » dans l'équilibre des prestations, et le caractère « manifestement excessif ou l'excès manifeste » des obligations contractuelles.

La faute quant à elle est caractérisée par la « gravité » qui peut être manifeste ou suffisante, « lourde », dans le cadre de l'exécution du contrat. Elle peut également être de nature « dolosive » dans le cadre de la conclusion du contrat.

Ensuite la notion d'abus a également fait son entrée dans le droit des contrats avec « l'abus de dépendance économique » mais aussi avec les clauses dites « abusives » dans les contrats d'adhésion.

---

<sup>470</sup> *Ibid.*

<sup>471</sup> *Ibid.*

<sup>472</sup> *Ibid.*

Puis, le standard des attentes légitimes renvoyant à la notion de croyance légitime ou de confiance légitime dans le cadre de la négociation du contrat mais aussi dans le cadre de l'exécution du contrat.

Pour finir, le délai raisonnable apparaît tout au long du processus contractuel marquant ainsi le temps ou la période déterminée par les parties au contrat dans le cadre de la négociation, de la conclusion et de l'exécution du contrat.

**826.** L'apparition de ces nouveaux standards juridiques favorise l'adaptation permanente du droit à une vie sociale changeante<sup>473</sup>. Dans la théorie générale, « le standard désigne une norme souple fondée sur un critère indéterminé directif mais normatif destinée au juge qui lui revient de l'appliquer espèce par espèce »<sup>474</sup>. N'ayant pas un contenu déterminé mais plutôt variable c'est sans doute pour cette raison que le législateur a relégué au juge le pouvoir de définir les standards juridiques en les adaptant aux circonstances de faits, de lieux et de temps et ce fait, il a pour but de les rendre plus souples en les érigeant en normes de droit.

**827.** En effet, « le magistrat possède un certain pouvoir de fait et qu'il est préférable que ce pouvoir lui soit ouvertement délégué par le législateur dans le standard pris par lui pour répondre aux besoins sociaux devant la carence du législateur »<sup>475</sup>.

**828.** Au Sénégal, la jurisprudence n'est pas très créative en matière contractuelle. La plupart des standards juridiques utilisés par le juge sénégalais a été inspirée de la jurisprudence française. De ce fait, la notion de standard juridique n'a pas été très développée en droit des contrats. Hormis quelques standards juridiques déjà employés par le législateur dans d'autres branches du droit, il n'existe pas beaucoup de standards juridiques dans le Code des obligations civiles et commerciales. Font exception les standards du « délai raisonnable » utilisé dans le cadre du droit de rétraction opposé à l'offre de contracter ou encore de la « faute » dans le cadre de l'inexécution du contrat.

**829.** Tous ces nouveaux standards juridiques ont pour rôle de renforcer la règle de droit, de rendre le droit français des contrats plus attractif et plus intelligible mais surtout de renforcer le rôle du juge qui s'érige en interprète de la norme.

---

<sup>473</sup> André TUNC, *op. cit.*, p. 249.

<sup>474</sup> Marine GOUBINAT, *Les principes directeurs du droit des contrats*, Thèse, Droit, Grenoble, 2016, p. 164.

<sup>475</sup> André TUNC, *op. cit.*, p. 249.

## B. L'extension des standards juridiques préexistants

**830.** Si les standards juridiques ont augmenté en nombre pour le droit français, il n'en demeure pas moins que certains ont été toujours présents dans le Code civil. Les standards juridiques ont été utilisés pendant des siècles par les juristes. Il en va ainsi de la bonne foi, de l'équité, des bonnes mœurs, du bon père de famille, etc.

**831.** Le principe de bonne foi qui est synonyme de loyauté contractuelle était déjà présent dans le droit des contrats mais n'était reconnu que dans la phase d'exécution. En effet, sous l'ancien droit, les négociations étaient considérées comme un espace de non-droit dédié à la vie privée des parties. Aucune loyauté contractuelle n'a donc été observée par les partenaires. Or ce serait potentiellement livré aux parties à la volonté de celle qui est plus forte si la bonne foi ne leur est pas imposées durant la phase des négociations. En outre, de plus en plus, les négociations deviennent pointilleuses, longues et coûteuses si bien que rompre les négociations à un stade très avancé porterait atteinte aux intérêts des parties. En d'autres termes, il serait préjudiciable pour l'une des parties que le contrat soit rompu lorsque les négociations ont assez avancées. De même, lorsque les négociations atteignent un certain stade d'avancement, les parties doivent s'abstenir de tout comportement qui nuirait à la loyauté de celles-ci, comme la dissimulation d'informations essentielles, déterminantes pour le consentement des parties.

**832.** C'est dans cette optique que le juge injecte une dose de sécurité dans les négociations contractuelles afin de préserver celles-ci en imposant la bonne foi aux parties. En effet, il a introduit la bonne foi dans la phase précontractuelle, qui autrefois n'a été reconnue qu'au stade de l'exécution du contrat. La bonne foi fut ainsi étendue à la phase des négociations afin d'encadrer celles-ci. L'encadrement s'effectue par une exigence d'un devoir de bonne foi lors des échanges et lors de la rupture des pourparlers. Les parties étant toujours libres de rompre les pourparlers, cette liberté est désormais contrôlée par le juge à travers le principe de bonne foi.

**833.** La reconnaissance de cette liberté de rompre les négociations précontractuelles fait désormais écho aux dispositions de l'article 1102 du Code civil qui énoncent que « chacun est

libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant, de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ». En d'autres termes, l'extension du principe de la bonne foi dans la relation précontractuelle encadre les négociations contre l'abus de liberté dans la rupture des pourparlers.

**834.** Ainsi, le juge a aménagé un espace de droit dans la phase précontractuelle à travers la bonne foi qui apparaît sous couvert d'un devoir d'information, de confidentialité, et surtout comme une arme puissante contre l'abus de rupture abusive de la relation précontractuelle.

**835.** Le devoir d'information exige une loyauté dans la transmission des informations essentielles qui ont un lien direct avec le consentement des partenaires. Toute information susceptible d'être déterminante pour le consentement des parties doit être communiquée. En effet, la partie qui détient une information essentielle est tenue de la communiquer dès lors que l'autre partie ait une confiance légitime envers celui-ci. Or s'abstenir d'un tel devoir viole le principe de bonne foi et doit être sanctionné pour réticence dolosive.

Le devoir de confidentialité exige un devoir de loyauté qui se matérialise par la non-divulgence des informations confidentielles obtenues dans le cadre des négociations. L'information confidentielle est celle que les parties définissent comme telle. De ce fait, la divulgation ou l'utilisation de ces informations par la partie qui les a obtenues ou alors leur communication à un tiers relève de la mauvaise foi.

**836.** La liberté de rompre les négociations entre également dans la catégorie des faits soumis à l'exigence de la bonne foi. La liberté de rupture est un principe reconnu aux partenaires contractuels lorsque les négociations viennent tout juste de commencer. En revanche, lorsque les négociations atteignent un certain niveau d'avancement, les parties doivent s'abstenir de tout comportement qui nuirait au bon fonctionnement des négociations. En effet, lorsque les négociations deviennent pointilleuses, longues si bien que des frais ont été engagés, que l'un des partenaires a une confiance légitime envers son cocontractant, les parties ne doivent pas dans ces circonstances interrompre les négociations. En d'autres termes, l'abus de rupture abusive des pourparlers va à l'encontre des exigences de la bonne foi.

**837.** Autre standard juridique préexistant qui a été étendu est « la personne raisonnable » en référence à la personne raisonnable dans le cadre de l'interprétation du contrat. Autrefois, le

standard de la personne raisonnable est utilisé pour désigner la partie victime de violence dans le cadre de l'échange des consentements. A cet effet, le Code civil définit la violence vice du consentement comme celle « de nature à faire impression sur une personne raisonnable »<sup>476</sup>. En d'autres termes, le standard de la personne raisonnable fait référence à la personne de la partie contractante, victime de la violence exercée sur elle pour la contraindre à donner son consentement.

**838.** Depuis la réforme des contrats, le standard de la personne raisonnable est attribué à la personne à laquelle le juge se réfère pour retrouver la véritable intention des parties. Ainsi, il n'est plus question de prendre en compte la personne des parties contractantes mais plutôt une personne extérieure se trouvant dans la même situation que les parties. Cette personne raisonnable est décrite comme précautionneuse, intelligente, voire comme un « bon père de famille » qui a du bon sens et, diligente dans sa démarche.

**839.** Pour finir, le standard « légitime » a lui aussi été étendu en droit des contrats plus particulièrement dans la phase des négociations. Ce standard existait déjà dans d'autres branches du droit comme le droit de la famille avec le standard de « l'enfant légitime » ou encore en droit pénal avec le standard de la « légitime défense ». En droit des contrats il se retrouve dans le standard des « attentes légitimes ». Désormais, ce standard a été étendu au stade des négociations avec le standard de la « confiance légitime » qui exige un devoir de loyauté contractuelle entre les parties. En effet, lorsque l'un des partenaires ignore légitimement une information essentielle que l'autre détient, ce dernier est tenu de la lui communiquer compte tenu de la confiance légitime que son partenaire a vis-à-vis de celui-ci.

**840.** Pour le droit sénégalais, la notion de bonne foi est l'un des standards le plus utilisé et le plus vieux de tous les autres. Depuis la codification du Code des obligations civiles et commerciales, elle se retrouve systématiquement dans la phase de la formation et de l'exécution du contrat. Synonyme de loyauté contractuelle, la bonne foi interdit aux parties d'adopter un certain comportement qui irait à l'encontre de leur engagement. En d'autres termes, les parties doivent s'abstenir de tout acte contraire à leur volonté déclarée ou porterait atteinte au bon déroulement de l'exécution du contrat, tel le principe régi par la bonne foi.

---

<sup>476</sup> Art. 1112 du Code civil. Voir Charles BAHUREL, « Le standard du raisonnable » : *RDA*, février 2014, n° 9, p. 60 et s.



**841.** Aussi, quand bien même le droit sénégalais n'a explicitement réglementé la phase des négociations, la bonne foi doit naturellement y être imposée dans le prolongement du principe de la loyauté contractuelle. Nul doute cependant que le juge fera application du principe de bonne foi dans la phase précontractuelle. En effet, le devoir d'information exigée aux partenaires lors de l'échange des consentements et le devoir de confidentialité des informations échangées relèvent des exigences de la bonne foi. Même si en théorie, les négociations ne semblent pas être l'une des préoccupations majeures le législateur, il en va autrement en pratique et le standard de bonne foi y est pour quelque chose. En effet, la bonne foi exige que les pourparlers soient menés avec loyauté.

**842.** Tous ces standards juridiques doivent être clarifiés par les juges afin de leur revêtir d'une valeur normative.

## **§ 2. La judiciarisation du caractère législatif des standards juridiques**

**843.** Le législateur a conféré au juge le pouvoir de clarifier les standards juridiques en dotant ces derniers d'une valeur normative (**A**). Ce pouvoir se manifeste par une appréciation souveraine des juges du fond qui s'étend sur l'ensemble des standards juridiques dans toutes leurs dimensions en prenant en compte les circonstances de faits, de lieux et de temps (**B**).

### **A. La délégation du pouvoir normatif au juge**

**844.** En théorie, « le pouvoir de normativité est exclusivement détenu par le législateur, le juge n'ayant généralement qu'un rôle d'applicateur de la loi »<sup>477</sup>. Toutefois, il en va autrement dans la pratique car la loi peut non seulement manquer de clarté mais aussi, il est évident que le législateur ne peut pas prévoir toutes les situations qui sont susceptibles de déboucher sur un contentieux<sup>478</sup>. C'est pourquoi, lorsque la loi est imprécise, le juge doit supplanter le législateur sans usurper le rôle de celui-ci afin de combler la loi. A ce titre, le juge intervient à titre exceptionnel pour créer et interpréter la loi.

**845.** En France, le législateur a collaboré avec le juge dans le cadre de la mise en œuvre des standards juridiques. Il a confié au juge le pouvoir de définir juridiquement les standards

---

<sup>477</sup> Elsa AUFFRET, « *Les standards juridiques et la réforme du droit des contrats* », mémoire, Université de Nantes, 2020, p. 1.

<sup>478</sup> *Ibid.*

juridiques. Toutefois, se pose la question de savoir pourquoi un pouvoir qui revient normalement au législateur se retrouve entre les mains du juge, surtout que la réforme du droit des contrats avait pour l'un des objectifs d'amoinrir les pouvoirs du juge au profit de l'unilatéralisme.

**846.** Cette question méritait d'être posée. Mais comme la loi ne peut pas tout faire, le juge se charge de la rendre plus accessible, plus intelligible voire plus intéressante en la clarifiant dans ses moindres détails. C'est à peu près ce que disait Portalis lorsqu'il affirme que « l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application »<sup>479</sup>.

**847.** C'est dans ce cadre précis que s'inscrit le rôle du juge dans la détermination des standards juridiques. A l'origine, les standards juridiques sont des mots de la loi mais aussi ceux du juge. Quand le législateur a pris le pas sur le juge lors de la codification du droit des contrats, il a repris par la même occasion les standards juridiques développés par le juge. Mais la véritable raison qui a permis au législateur de conférer au juge la définition des standards juridiques réside dans le fait que les standards juridiques ont une nature changeante. De ce fait, en codifiant une définition spécifique des standards juridiques, ces derniers se seraient limités à un domaine précis. Or, la notion de standard juridique est une notion polysémique avec un contenu variable. En d'autres termes la notion de standard juridique est dotée de plusieurs sens selon le contexte dans lequel elle est employée.

**848.** C'est pourquoi, le juge doit les adapter aux circonstances de faits, de lieux et de temps. Partant de là, il les revêt d'un pouvoir normatif. En effet, la définition d'un standard juridique selon les circonstances lui attribue son propre caractère. C'est ce caractère qui lui confère un aspect juridique et lui procure donc une valeur normative.

**849.** La question de la délégation du pouvoir normatif au juge dans ce cadre ne se résume pas seulement à la difficulté par le législateur de définir les standards juridiques compte tenu de la variabilité de leur contenu. Cette délégation de pouvoir est liée également à l'histoire de la consécration de certains standards juridiques par le juge. Avant que les standards juridiques

---

<sup>479</sup> Jean Etienne Marie PORTALIS, *op. cit.*

soient littéralement les mots du législateur, ils ont été les mots du juge. Ce dernier les a employés quand le législateur était encore silencieux face à la désuétude du droit des contrats. De ce fait, par souci peut-être d'incompréhension entre le juge et le législateur sur la définition des standards juridiques, quoi de mieux que de permettre au juge de clarifier ses propres mots. Donner l'opportunité au juge de développer sa propre création relève d'une efficacité contractuelle, d'autant plus que la définition des standards juridiques repose sur l'accessibilité et l'intelligibilité de ces derniers et par extension au droit des contrats.

**850.** Au Sénégal, la définition du standard juridique est sans doute laissée à l'appréciation du juge bien que ce pouvoir n'ait pas été explicitement énoncé par le législateur. Quand bien même le mot « standard juridique » n'est pas employé dans le Code des obligations civiles et commerciales, il n'en demeure pas moins qu'ils se retrouvent de façon éparse dans différentes branches du droit y compris le droit des contrats. Il en va ainsi des standards de « bonne foi », de « bonnes mœurs », d'« ordre public » ou encore d'« équité ».

Dès lors, il ressort qu'au vu de la définition de la notion du standard juridique, le juge l'adapte en fonction des circonstances de fait, de temps et de lieu.

### **B. L'appréciation des standards juridiques par les juges du fond**

**851.** Le juge définit les standards juridiques à travers son pouvoir d'appréciation souveraine. L'appréciation des standards juridiques doit se faire par le biais de l'interprétation de ces derniers. Il s'agit pour le juge de déterminer le sens du standard juridique et de le concrétiser dans un cas donné en le revêtant d'une valeur normative.

**852.** Pour rappel, les standards juridiques sont les mots de la loi (au sens de la codification de de ces derniers par le législateur) que le juge attribue une définition juridique. Dès lors que la notion de standard juridique est une notion variable, de nature changeante en fonction des circonstances dans lesquelles il est utilisé, il ne peut y avoir qu'une interprétation afin de déterminer le véritable sens de ces notions atypiques.

**853.** Pour rappel, les standards juridiques sont entre autres, la bonne foi, les attentes légitimes, le principe de proportionnalité (déséquilibre significatif, disproportion manifeste, avantage manifestement excessif, abus de dépendance), le raisonnable (personne raisonnable, délai raisonnable), la faute (lourde, dolosive, grave).

**854.** Le standard « le raisonnable » renvoie à la normalité et le juge doit rechercher la particularité que peut recouvrir le raisonnable dans cette normalité : le sens de la raison. Ici, le raisonnable peut être appréhendé comme ce qui est satisfaisant, juste ou socialement acceptable. Le raisonnable comportant une dimension plus subjective, le juge doit rechercher sa valeur juridique en fonction des circonstances de faits, de temps et de lieux.

**855.** Ainsi, le standard de la « personne raisonnable » figurant à l'article 1188 al. 2 du Code civil sert de guide pour le juge qui doit interpréter l'intention des parties. Dans cette circonstance, la personne raisonnable constitue le « juste milieu » sur lequel le juge doit s'appuyer pour découvrir la réelle intention des parties. En effet, la particularité du standard de la « personne raisonnable » dans la recherche de l'intention des parties est qu'il constitue une référence pour le juge, ce qui fait de lui une norme juridique.

**856.** Autre standard impliquant le raisonnable est « le délai raisonnable ». Ce standard comprend une juxtaposition de deux termes. Le délai constitue le temps nécessaire accordé pour accomplir une chose. En d'autres termes, le terme « délai » se rapporte à la durée qui détermine un intervalle de temps pendant lequel se produit une action<sup>480</sup>. Associé au raisonnable, il se caractérise par un équilibre, c'est-à-dire ce qui n'est ni anormalement trop long ni trop court et qui est socialement acceptable. Autrement dit, le délai raisonnable se définit comme ce qui est convenable ou suffisant pour accomplir une action<sup>481</sup>. Ainsi, le caractère raisonnable du délai est laissé à l'appréciation souveraine du juge du fond qui se prononce en vertu des circonstances dans chaque cas d'espèce.

**857.** Ainsi, en examinant par exemple le délai raisonnable à la lumière des articles 1116, 1117, 1123, 1158, 1195, 1211, 1222, 1226, 1231 du Code civil, il apparaît que le « délai raisonnable » varie en fonction de chaque cas d'espèce et que le juge doit l'adapter raisonnablement dans chaque circonstance. Par exemple, le délai de rétraction prévu à l'article 1116 n'a pas le même intervalle de temps que le délai d'exécution du contrat visé aux articles 1195, 1222, 1226, 1131 et 1211 et le délai de réponse prévu aux articles 1123 al. 3 et 1158. En fonction de chaque cas d'espèce, le juge doit déterminer le délai raisonnable suivant les circonstances qui se présentent. Ainsi, « le caractère raisonnable est laissé à l'appréciation

---

<sup>480</sup> Albert DIONE, « réflexion sur les critères du délai raisonnable en matière de justice pénale au Sénégal », 2020, disponible sur [village-justice.com](http://village-justice.com).

<sup>481</sup> *Ibid.*

souveraine du juge du fond qui se prononce au cas par cas, procédant à une analyse détaillée de tous les éléments de la cause »<sup>482</sup>.

**858.** Le standard de « proportionnalité » est à la fois un principe qui s'impose comme une exigence d'un rapport, d'une adéquation entre les droits et les obligations des parties mais aussi un standard juridique possédant plusieurs sens selon les circonstances. En tant que standard, il renvoie à la notion d'équilibre qui se mesure à l'aune des standards tels que « la disproportion manifeste », « avantage manifestement excessif », « le déséquilibre significatif » ou encore « l'abus de confiance ». Ces derniers ne répondent pas visiblement au critère de proportionnalité mais permettent de mieux cerner la notion du standard de proportionnalité.

**859.** Ainsi, le standard du « déséquilibre significatif » qui est une notion appartenant au droit de la consommation et recueillie dans le Code civil lors de la réforme du droit des contrats, permet de sanctionner sur le terrain de la responsabilité, les clauses abusives dans les contrats d'adhésion. L'appréciation judiciaire du déséquilibre significatif doit se faire dans un premier temps de manière globale. Autrement dit, « les juges du fond prendront en compte l'ensemble des clauses contenues dans le contrat pour déterminer si la clause litigieuse crée ou non un déséquilibre »<sup>483</sup>. Dans un second temps, d'autres méthodes permettent également de cerner la notion du déséquilibre significatif. En effet, le juge a dessiné les contours de la notion du déséquilibre significatif en s'appuyant sur plusieurs indices. Pour apprécier le déséquilibre significatif, il s'est référé à l'absence de négociation des dispositions contractuelles car l'impossibilité de négocier un contrat proposé suffit à établir un déséquilibre<sup>484</sup>. L'autre méthode permettant d'apprécier le déséquilibre significatif est l'absence de réciprocité et de contrepartie. Le manque de réciprocité est un indice permettant d'apprécier le déséquilibre significatif. Dans une décision de la Cour de cassation, les juges du fond « ont retenu que la clause faisant peser sur les fournisseurs les coûts inhérents à la détérioration des produits par les clients du magasin, alors que c'est au distributeur d'en assumer la charge, n'avait pas de contrepartie »<sup>485</sup>. C'est alors sur une prise en compte globale de l'ensemble des clauses que les juges du fond peuvent apprécier le déséquilibre significatif

---

<sup>482</sup> *Ibid.*

<sup>483</sup> Voir La Lettre des Réseaux, « Déséquilibre significatif : Méthode d'appréciation charge de la preuve et illustrations » disponible sur [lettrede.rsseaux.com](http://lettrede.rsseaux.com). Voir aussi cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387.

<sup>484</sup> Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525.

<sup>485</sup> *Ibid.*

mais aussi sur l'absence de négociation et de contrepartie qu'ils apprécient le déséquilibre significatif.

**860.** Le standard « disproportion manifeste » est caractérisé par un déséquilibre des prestations au détriment d'une partie. Dès lors, pour apprécier cette disproportion manifeste, le juge doit se référer au moment de la conclusion du contrat afin de vérifier si l'engagement pris était manifestement disproportionné aux biens et revenus de la partie contractante. Dans une décision de la Cour, le juge a considéré que « il y a disproportion manifeste dès lors que l'engagement de la caution même modeste, est de nature à le priver du minimum vital nécessaire à ses besoins et ceux des personnes qui sont à sa charge »<sup>486</sup>. Par ailleurs, la disproportion manifeste est également appréciée lors de l'exécution forcée en nature<sup>487</sup>, notamment lorsque l'exécution du contrat entraîne une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. En effet, lorsque l'exécution forcée en nature porte sur une obligation de faire, de ne pas faire ou de donner, le créancier ne peut contraindre son débiteur par une exécution forcée en nature de l'obligation au risque de ne pas obtenir le résultat attendu. A cet égard, le juge doit apprécier la disproportion manifeste par rapport à l'intérêt du créancier. Il faut en effet que les intérêts du créancier ne soient pas un avantage manifestement excessif au détriment du débiteur.

**861.** Pour bifurquer sur le standard de « l'avantage manifestement excessif », il s'apprécie également dans le cadre d'une situation de dépendance<sup>488</sup>. A cet égard, les textes n'ont pas précisé quel type de dépendance prendre en compte. S'agit-il que de la dépendance économique ou sous-entendent-ils également la dépendance affective ? Nul doute cependant que la jurisprudence n'écartera cette éventualité. En cas d'abus de la situation de dépendance, le juge doit apprécier l'avantage manifestement excessif en démontrant que l'une des parties se trouve en état de dépendance par rapport à l'autre, notamment par l'obtention de cet avantage trop excessif que son cocontractant ne lui aurait jamais consenti s'il ne s'était pas retrouvé en situation de dépendance<sup>489</sup>.

**862.** Le standard « les attentes légitimes » est une notion propre au droit international pouvant exister au sein de chaque branche du droit interne. Il établit un rapport juridique entre

---

<sup>486</sup> Cass. com., 19 octobre 2010, n° 09-69.203.

<sup>487</sup> Art. 1221 du Code civil.

<sup>488</sup> Art. 1143 du Code civil.

<sup>489</sup> Cass. civ. 3, 22 mai 2012, n° 16-826.

les parties au contrat lorsque l'une d'elle exerce une certaine assurance créant ainsi dans l'esprit de l'autre une attente légitime sur une situation déterminée<sup>490</sup>. Dans les négociations contractuelles, les attentes légitimes sont la confiance légitime que peut avoir un partenaire vis-à-vis de l'autre. En effet, lorsque l'une des parties ignore légitimement une information que l'autre détient, celui-ci a l'obligation de la lui communiquer en raison de la confiance légitime que lui-même a instauré dans l'esprit de son partenaire. Il en va de même lorsque l'une des parties crée dans l'esprit de l'autre une confiance légitime quant au déroulement des négociations puis rompt celles-ci de façon brutale sans motif légitime après que les négociations ont duré pendant une longue période.

**863.** L'appréciation de la confiance légitime doit se faire par rapport à la difficulté d'accéder à certaines informations que seul le détenteur connaît, notamment lorsque l'autre partenaire ignore légitimement l'information due. Le juge apprécie également cette confiance légitime lors de la rupture des pourparlers lorsqu'aucun motif légitime n'est à l'origine de la rupture brutale des négociations à un stade très avancé.

**864.** Le standard « bonne foi » : la bonne foi est une attitude loyale exclusive de toute intention malveillante<sup>491</sup>. Sur le plan juridique, elle a un caractère contraignant d'ordre public, le principe de bonne foi fait référence à une norme de comportement que toute personne est censée avoir dans un cadre déterminé. En droit des contrats, c'est un standard que toute personne partie à un contrat est invitée à adopter. Autrement dit, la bonne foi pousse les contractants à tenir un comportement loyal et à se montrer coopératifs l'un envers l'autre.

**865.** Ayant été reconnu qu'au stade de l'exécution du contrat, ce standard a été étendu à la phase des négociations pour encadrer le principe de la liberté contractuelle reconnue aux pourparlers. Désormais, elle est plus présente dans les phases du contrat, de la négociation, en passant par la formation jusqu'à l'exécution du contrat.

La bonne foi s'apprécie en fonction des circonstances dans lesquelles se déroulent les négociations, la formation et l'exécution du contrat et le comportement d'une partie à l'égard de l'autre dans ces moments<sup>492</sup>.

---

<sup>490</sup> Yolet Emilia LAINEZ CALDERON, « *Les attentes légitimes en droit international économique* », Thèse, Droit, Paris 2, 2021.

<sup>491</sup> Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE, « L'appréciation de la bonne foi en cas de jeu au casino », *Gazette du palais*, 2015, n° 141, p. 16.

<sup>492</sup> Art. 1198 du Code civil.

**866.** Ainsi, lors des négociations, lorsque l'un des partenaires se dit victime d'une réticence dolosive dans le cadre de l'échange des informations, le juge doit apprécier dans quelles circonstances l'information n'a pas été communiquée. Autrement dit, la réticence dolosive que subit le créancier de l'information et son ignorance légitime de l'information non communiquée est laissée à l'appréciation du juge qui doit trouver un équilibre entre le devoir d'informer d'une part et l'obligation de se renseigner d'autre part. De ce fait, si l'information non communiquée est difficile d'accès, et que seule son débiteur la détient, c'est-à-dire que l'une des parties l'ignore légitimement ou avait une confiance légitime à son partenaire, le juge doit apprécier la bonne foi au vu des circonstances de fait et il appartient au créancier d'apporter la preuve de la mauvaise foi du débiteur.

**867.** Il en va de même lors de la rupture des négociations, quand l'un des partenaires rompt brutalement les négociations alors que celles-ci ont assez avancé créant dans l'esprit de l'autre partenaire une confiance légitime. Dans ce cas de figure, les juges du fond doivent apprécier dans quelles circonstances la rupture est intervenue, à savoir la recherche d'un motif légitime d'une part et la confiance légitime créée dans l'esprit de l'autre d'autre part. En d'autres termes, la bonne foi est appréciée lorsque le partenaire fautif s'est comporté comme un futur contractant en créant notamment chez son partenaire une confiance légitime.

**868.** Quant à la formation du contrat, la bonne foi est appréciée au moment de l'échange des consentements notamment dès qu'il y a vice de consentement. Lors de l'exécution, elle est appréciée lorsque les parties ne respectent pas leur engagement ou quand elles commettent une faute dans l'exécution du contrat. Ainsi, la bonne foi vient renforcer les dispositions de l'article 1103 aux termes duquel « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». A cet effet, la bonne foi est garante de l'exécution effective et s'apprécie en fonction des circonstances dans lesquelles une inexécution du contrat s'est produite. Cela vise ici à la rupture unilatérale du contrat avant l'expiration du délai prévu pour permettre au débiteur d'exécuter ses obligations contractuelles<sup>493</sup>, l'exécution de mauvaise foi du contrat<sup>494</sup>, l'inexécution grave du contrat sans aucun motif légitime.

---

<sup>493</sup> Cass. com., 5 février 2020, n° 18-20722.

<sup>494</sup> Cass. civ. 3, 6 mai 2021, n° 20-15.094.



869. Au Sénégal, l'appréciation des standards juridiques par les juges du fond s'opère de la même manière qu'en France. Le juge doit déterminer dans quelles circonstances de faits de temps ou de lieux un standard doit être défini.

870. En usant de standards, les auteurs de la réforme confèrent au juge un pouvoir d'interprétation qui nécessite un encadrement<sup>495</sup>.

## **Section 2. L'encadrement du pouvoir d'interprétation des standards juridiques**

871. L'encadrement du pouvoir d'interprétation judiciaire des standards juridiques est nécessaire. Dans le but de clarifier le droit des contrats, les notions-cadres doivent être bien définies afin de le rendre plus intelligible et plus accessible. Pour y arriver, le législateur commence *a priori* par fixer les critères sur la base desquels le pouvoir d'interprétation des standards juridiques doit se faire. En réalité, cet encadrement par le législateur amoindrit le pouvoir d'appréciation des juges du fond (**Section 1**). Un second encadrement vise à compléter l'œuvre des juges du fond. C'est l'encadrement *a posteriori* par la Cour de cassation sur le pouvoir d'interprétation des juges du fond qui exerce à cet effet un contrôle disciplinaire (**Section 2**).

### ***§ 1. L'encadrement palliatif à l'insécurité juridique par la loi***

872. Les pouvoirs des juges sont parfois perçus comme fluctuants et incertains donc une menace à la sécurité juridique du contrat. Ainsi, pour maintenir cette sécurité juridique, le législateur a encadré les pouvoirs du juge et l'interprétation des standards juridiques s'inscrit dans ce cadre. En effet, l'encadrement des standards juridiques commence par le législateur lorsqu'il régit le pouvoir d'interprétation des juges du fond. Pour lutter contre l'arbitraire du juge, le législateur a fixé un certain nombre de critères (conditions et limites) sur lesquels le pouvoir d'appréciation des standards juridiques par les juges du fond doit se fonder : c'est l'encadrement *a priori* du pouvoir d'interprétation des juges du fond.

873. En France, cet encadrement du pouvoir d'interprétation des standards juridiques s'opère à trois niveaux : d'abord par la délégation du pouvoir normatif au juge, ensuite par la

---

<sup>495</sup> Nathalie BLANC, « Le juge et les standards juridiques », *Revue des contrats*, 2016, n° 02, p. 394.

superposition des standards juridiques, et enfin par la définition partielle des standards juridiques.

**874.** L'encadrement des standards juridiques par le législateur commence par une délégation d'un pouvoir normatif au juge qui est celui de donner une définition juridique aux standards. La délégation proprement dite du pouvoir normatif des standards juridiques est une forme d'encadrement car c'est le législateur qui confère au juge ce pouvoir. Ce choix du législateur s'explique aisément par la multiplication des standards juridiques d'origine jurisprudentielle. En effet, le juge a été auteur et acteur de la réforme du droit des contrats, comme en atteste la codification de ses œuvres par le législateur. Dès lors, lorsque les dispositions qui régissent le droit des contrats sont pour la majeure partie d'origine jurisprudentielle, le juge est à même de répondre à certaines questions qui relèvent de son fait. C'est la raison pour laquelle, les standards juridiques étant des notions-cadres à contenu variable, il a été peut-être plus sage pour le législateur de confier au juge la définition juridique de ces derniers. Mais pour protéger les parties contre l'arbitraire du juge, cette délégation de pouvoir mérite d'être encadrée. Cet encadrement s'opère comme un guide pour le juge mais il amoindrit en réalité son pouvoir d'appréciation étant donné que le législateur a allégé le travail du juge par la superposition des standards comme indice d'appréciation mais aussi par la définition partielle de ces derniers.

**875.** La superposition des standards juridiques est une autre forme d'encadrement du législateur qui consiste à fixer des critères d'appréciation. Pour que le standard soit apprécié, il faut l'existence d'un certain degré d'intolérance de la manifestation de ces standards.

**876.** Par exemple, le « déséquilibre » est sanctionné à condition qu'il soit « significatif ». De même, la « faute » est sanctionnée sous réserve qu'elle soit « lourde », « grave », ou « dolosive ». Aussi, ce n'est pas n'importe quel « excès » qui est sanctionné mais « l'excès manifeste ». Il en va de même pour « l'avantage » sanctionné dans l'hypothèse où il devient « manifestement excessif ».

**877.** Cette association des standards juridiques a pour but d'encadrer le pouvoir d'appréciation judiciaire afin de préserver la sécurité juridique du contrat. En effet, en superposant les standards, le législateur a limité le pouvoir d'appréciation du juge notamment en définissant à l'avance les standards à apprécier. C'est une technique qui permet de canaliser le pouvoir d'appréciation du juge et de l'orienter vers une interprétation stricte. Cet

encadrement par la superposition des standard réduit également le pouvoir d'appréciation du juge en le limitant aux seuls standards prédéfinis par le législateur.

**878.** Quant à l'encadrement par la définition partielle du standard juridique, il vise à dégager des critères d'appréciation qui permettent d'orienter le juge vers une appréciation plus centrée avec les indices proposés par le législateur. Le législateur ainsi délimite la marge de manœuvre du juge en prédéfinissant les standards juridiques et précisant les contours du pouvoir d'appréciation des juges du fond. En effet, si le « standard juridique considéré comme un espace flou, trop vague dans lequel pourrait s'engouffrer dangereusement les juges du fond, le législateur est appelé en réencadrer ces notions-cadres afin de limiter la large liberté interprétative des juges du fond »<sup>496</sup>. C'est dans ce cadre que le législateur affirme que l'appréciation du « déséquilibre significatif » ne porte ni sur la valeur de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation<sup>497</sup> mais plutôt sur les droits et les obligations des parties. Les juges du fond devant ainsi se focaliser que sur l'appréciation du déséquilibre signification entre les droits et les obligations des parties. De même, les standards de « la disproportion manifeste », de « l'avantage manifestement excessif » ou de « l'abus » dans le cadre de l'abus de l'état dépendance ne sont appréciés dès lors qu'ils portent sur le prix de la prestation et sur la valeur de l'objet du contrat. L'appréciation des juges du fond porte exclusivement sur l'aspect économique et financier du contrat mais aussi sur l'état psychologique du contractant et pas sur les droits et obligations des parties. En ce sens, le législateur précise dans le cadre d'une exécution forcée en nature que les intérêts du créancier ne doivent pas être un « avantage manifestement excessif » par rapport à son coût pour le débiteur. Dès lors, le juge doit prendre en compte lors de son interprétation l'avantage ou l'intérêt qu'aurait le créancier en forçant le débiteur à s'exécuter mais aussi le coût pour ce dernier en s'exécutant naturellement. Il en va de même lorsque « l'excès manifeste » est apprécié que dans une situation de dépendance, qu'elle soit économique ou affective, dans laquelle se trouve une partie.

**879.** Au Sénégal, l'absence d'identification de beaucoup de standards juridiques rend la tâche compliquée quant à la détermination des critères d'appréciation mis en avant par le législateur. Les standards juridiques demeurent de façon éparse dans le Code des obligations civiles et commerciales sans distinction, hormis quelques standards tels que « la faute », « la

---

<sup>496</sup> Nathalie BLANC, *op. cit.* n° 2.

<sup>497</sup> Art. 1171 du Code civil.

bonne foi » ou encore l’abus etc. De ce fait, le manque de précision du législateur ni même par une définition partielle des standards favoriserait une appréciation judiciaire sans encadrement ou sans limite des juges du fond, exposant aux parties à l’arbitraire de ces derniers. En d’autres termes, la reconnaissance du pouvoir normatif des standards juridiques aux juges du fond n’étant pas évoquée dans le Code des obligations civiles et commerciales, ces derniers pourraient dans ce sens acquérir un pouvoir d’interprétation plus large ou plus restreinte en fonction des standards existants. Néanmoins, le contrôle *a posteriori* de la Cour de cassation doit, lui, fixer les critères d’appréciation pour la mise en œuvre du pouvoir d’interprétation des juges du fond des standards juridiques.

**880.** L’encadrement par le législateur du pouvoir d’appréciation du juge consiste en réalité en la prévention du risque d’immixtion du juge en prédéfinissant certains standards juridiques. Aussi souverain soit-il, le pouvoir d’appréciation des juges du fond des standards juridiques reste encadré par le législateur mais aussi par la Cour de cassation.

## **§ 2. L’encadrement par un contrôle disciplinaire par la Cour de cassation**

**881.** Le pouvoir d’appréciation des juges du fond des standards juridiques n’est pas discrétionnaire. La Cour de cassation exerce un contrôle sur l’interprétation faite par les juges du fond des standards juridiques. En effet, dans sa fonction d’unification du droit, la Cour européenne a fixé des critères d’appréciation des standards juridiques, de la même façon que le juge national pourrait mettre en avant des critères d’appréciation<sup>498</sup>. L’identification des critères que la Cour de cassation met à la disposition du juge du fond pour apprécier les standards juridiques doit se faire via le contrôle de motivation et de qualification des décisions des juges du fond quant à la détermination de ces derniers (standards juridiques). En d’autres termes, pour déterminer l’existence du déséquilibre significatif, de l’abus, de la bonne foi, ou encore des attentes légitimes etc., les juges du fond doivent motiver leurs décisions sur le fondement des critères définis par la Cour et le contrôle de la Cour de cassation consiste à s’assurer du respect des critères qu’il a mis en place.

**882.** Ainsi, l’encadrement de la Cour de cassation du pouvoir d’appréciation des juges du fond consiste à la fois en la mise en disposition des critères d’appréciation des standards

---

<sup>498</sup> Nathalie BLANC, *op. cit.*

juridiques et le contrôle du respect de ces critères d'appréciation. Un encadrement *a priori* et *a posteriori* du pouvoir d'interprétation des standards juridiques.

**883.** Quels sont ces critères mis en avant par la Cour de cassation pour encadrer le pouvoir d'appréciation des juges du fond quant à l'appréciation des standards juridiques ?

Ils ne sont pas exhaustifs et dépendent du standard à déterminer.

Par exemple, dans une décision de la Cour de cassation en date du 22 janvier 2022, le juge d'appel qui avait retenu le critère « de réciprocité » pour déterminer le « déséquilibre significatif » qu'aurait créé une clause résolutoire, a été censurée par la Haute Juridiction<sup>499</sup>. En l'espèce, un bailleur avait mis fin au contrat de bail pour loyers impayés par le moyen d'une clause résolutoire que la cour d'appel avait qualifiée d'abusives pour défaut de réciprocité. La Cour de cassation sanctionna la décision de la cour d'appel en affirmant que l'appréciation du déséquilibre significatif d'une clause résolutoire ne pouvait reposer sur le critère « de la réciprocité » car « le défaut de réciprocité de la clause résolutoire de plein droit pour inexécution du contrat prévue à l'article 12 se justifiait par la nature des obligations auxquelles étaient respectivement tenues les parties »<sup>500</sup>, que la clause résolutoire n'est pas érigée spécifiquement au profit d'une seule partie mais des parties au contrat et qu'elle profite dans ce sens à l'une d'elle en cas d'une inexécution suffisamment grave du contrat. Par conséquent, l'appréciation du déséquilibre significatif de la clause résolutoire ne peut se reposer sur le critère de la réciprocité mais plutôt sur son unilatéralité<sup>501</sup>, qui reste ainsi selon la Cour, le critère d'appréciation. De ce fait, la Cour doit clarifier les modalités d'application du « déséquilibre significatif » visé par l'article 1171 du Code civil.

**884.** Autres critères d'appréciation du déséquilibre significatif mis en avant par la Cour de cassation sont les critères de l'absence « véritable » de négociation et l'absence de réciprocité et de contrepartie<sup>502</sup>.

**885.** Pour déterminer l'abus, la Cour de cassation pose comme critère d'appréciation la crainte ou la violence exercée sur l'autre partie pour la pousser à donner son consentement ou exécuter un engagement qu'elle n'aurait jamais tenu s'il n'y avait pas cette crainte. Il en va de même pour la violence économique dès lors que l'autre partie se trouve dans une situation de

---

<sup>499</sup> Cass. com., 26 janvier 2022, n° 20-16.782.

<sup>500</sup> Voir Mathias KUHN, disponible sur <https://www.lesechos.fr/partenaires/dla-piper/desequilibre-significatif>

<sup>501</sup> *Ibid.*

<sup>502</sup> Cass. civ. et com., 3 mars 2015, n° 13-27.525 et 27 mai 2015, n° 14-11.387.

dépendance économique de telle sorte qu'elle consent un contrat dans lequel l'autre partie en tire un avantage manifestement excessif au détriment de celle-ci.

**886.** Ainsi, lorsque l'abus dans la relation contractuelle est le résultat d'une crainte ou d'une violence, les juges du fond doivent motiver leurs décisions quant à l'appréciation des standards juridiques sur le fondement de ces critères définis par la Cour de cassation.

L'encadrement par la Cour de cassation consiste ainsi à fixer des limites aux juges du fond en imposant des critères d'appréciation des standards juridiques, c'est là l'encadrement *a priori*. Un second encadrement consiste via le contrôle de motivation et de qualification en la vérification de l'application des critères qu'il a mis en place.

**887.** Si le législateur sénégalais n'a pas prédéfini les standards juridiques ni même confié le pouvoir normatif de ces derniers aux juges, la Cour de cassation sénégalaise peut le faire via le contrôle de motivation des décisions des juges du fond.

## Conclusion du chapitre

**888.** Le juge reste ainsi le coauteur permanent de la loi face à la détermination des standards juridiques. Au vu de leur prolifération et de l'objectif du législateur qui consiste à rendre le droit des contrats plus attractif, il a été judicieux pour le législateur de collaborer avec le juge afin de rendre plus accessible et plus intelligible les standards juridiques en confiant celui-ci l'adaptation de ces derniers en fonction des circonstances de faits, de temps et de lieux.

**889.** Ainsi, le pouvoir d'interprétation des juges du fond inclut celui de définir les standards juridiques voulu par le législateur, en conférant au juge l'appréciation de ces standards. En effet, les standards se sont multipliés après la réforme du droit des contrats et vu le nombre de standards à définir et surtout qu'ils sont des notions-cadres à contenu variable, polysémiques, le législateur a pris une sage décision de conférer au juge la définition des standards juridiques mais en prédefinisant au préalable des critères d'appréciation pour prévenir l'arbitraire du juge afin de préserver la sécurité juridique du contrat.

**890.** Nul ne peut nier l'influence du juge dans le contrat en tant coauteur du législateur car la jurisprudence est source d'innovation et la loi une fois codifiée, reste figée et parfois même peut contenir des imprécisions, demeurer incomplète ou inapplicable face à l'évolution du contrat. Dans ce sens, comme la loi ne peut pas tout prévoir, le juge se charge d'interpréter cette dernière, notamment par la définition des standards juridiques par les juges du fond et au besoin de compléter celle-ci par un encadrement de la Cour de cassation du pouvoir d'appréciation des juges du fond des standards juridiques. La Cour de cassation a elle aussi prédéfini des critères d'appréciation des standards juridiques que les juges du fond doivent mettre en œuvre pour déterminer les standards juridiques.

**891.** Le législateur a sans doute voulu limiter l'intervention du juge dans le contrat en prévenant le contentieux via l'unilatéralisme mais il est évident que le juge ne peut être écarté puisque la réforme du droit des contrats repose elle-même essentiellement sur la création jurisprudentielle.

**892.** Les standards juridiques sont une œuvre jurisprudentielle et il est nécessaire d'inclure le juge dans le processus d'élaboration des maximes qu'il a créées. Aussi, comme l'a si bien

dit Portalis, « le juge est la bouche de la loi » et cette anecdote correspond bien l'œuvre du juge quant à son rôle d'interprète de la loi.



## CONCLUSION GENERALE

**893.** La fonction du juge en tant qu'organe chargé de dire le droit et d'en assurer son application s'étend sur tous les actes juridiques et le contrat ne présente pas une exception. S'il est bien connu et admis que le contrat est un acte impénétrable, fermé à toute intervention extérieure, il n'en demeure pas moins qu'il ne reste pas un acte infaillible. En effet, ni les parties, ni le législateur ne peuvent tout prévoir pour le contrat. D'où la légitimité de l'intervention du juge dans le contrat qui constitue une véritable garantie d'efficacité de celui-ci. Son immixtion dans le contrat se justifie non seulement par les failles que peut présenter le contenu du contrat ainsi que les difficultés qui peuvent être liées à son exécution, mais également par l'inadaptabilité des règles qui régissent le contrat. C'est pourquoi dans cette étude, l'intervention du juge s'est essentiellement reposée sur deux volets : d'une part sur l'écrit de l'*instrumentum* et de l'autre part sur la réécriture des règles applicables à l'*instrumentum*.

**894.** Sur le premier volet, la mission du juge consiste à remettre en cause le contenu du contrat, notamment les stipulations contractuelles. Cette remise en cause des stipulations contractuelles se réalise au profit de l'opération contractuelle, soit l'utilité spécifique que les parties ont recherchée en signant l'acte. En fonction du but recherché par les parties, le juge peut redéfinir le contrat en complétant, modifiant ou éliminant certaines stipulations contractuelles afin d'en assurer l'exécution effective du contrat. De ce fait, il devient corédacteur des parties *a posteriori* dans l'élaboration du contenu contractuel. Cette remise en cause de l'écrit du contrat par le juge en tant que corédacteur postérieur des parties s'est fait par une détermination du contenu du contrat et par une délimitation du contenu contractuel.

**895.** La détermination du contenu du contrat vise d'une part l'adjonction d'obligations essentielles au contenu incomplet du contrat due à la volonté tacite des parties et de l'autre part elle se fait via la modification des stipulations contractuelles pour imprévision. En effet, les parties peuvent savoir exactement ce qu'elles veulent au moment de l'échange du consentement mais par défaut d'écrits ou par un avènement de circonstances extérieures et postérieures à la signature de l'acte, le contenu contractuel peut apparaître incomplet ou

bouleversé, entraînant ainsi une exécution litigieuse. Dès lors que le contenu contractuel s'avère incomplet pour cause de non-élaboration de la volonté réelle des parties, l'intervention du juge consiste à révéler cette volonté tacite des parties. Le *modus operandi* consiste à ajouter des obligations essentielles au contenu contractuel, auxquelles les parties n'ont pas songé à insérer dans l'*instrumentum* au moment de la signature de celui-ci. De même lorsque le contenu du contrat est bouleversé par un changement de circonstances imprévisible, le juge peut procéder à la révision des stipulations affectées par ce changement imprévisible.

**896.** Quant à la délimitation du contenu du contrat, elle consiste via l'éradication des clauses abusives à éliminer certaines stipulations contractuelles dont les obligations des parties sont significativement disproportionnées.

**897.** En réalité, le pouvoir que possède le juge de réécrire le contrat est conforme à la volonté des parties. Le juge ne peut substituer sa volonté à celle des parties. Il doit réinsérer dans le contrat ce que les parties ont réellement voulu et non ce que lui aurait souhaité y placer. Son intervention consiste en réalité à aider les parties à retrouver leur accord pour une exécution optimale de leur contrat.

**898.** Sur le second volet, son intervention trouve son fondement dans le silence de la loi. En effet, le juge a été auteur et acteur du droit des contrats avant et après la réforme de celui-ci. Avant d'en arriver à la réforme, le contrat a subi des changements et les règles qui s'appliquent à ce dernier sont se sont révélées inapplicables, désuètes et incomplètes au fil des ans. Devant l'incompatibilité de la règle de droit avec le contrat en pleine mutation et du silence du législateur face à cette évolution, le juge devient un véritable auteur et acteur du droit des contrats. Il acquiert non seulement un véritable pouvoir réformateur en adaptant la règle de droit à l'environnement actuel du contrat mais devient également un interprète de la loi après la réforme du droit des contrats.

**899.** L'une des innovations majeures que le juge a apportées pour réadapter les règles applicables au contrat est l'aménagement d'un espace de droit dans la phase des négociations, autrefois vues comme un espace dédié à la vie privée des parties, ne nécessitant aucun encadrement juridique. En effet, les négociations étaient fondées sur l'instantanéité de l'échange des consentements, donc une période de non-droit où chacune des parties doit avoir le pouvoir et à même de défendre librement ses intérêts. Mais de plus en plus, les négociations

devenaient pointilleuses, couteuses et longues à un point tel qu'un encadrement juridique était nécessaire. C'est dans cette optique que le juge a injecté une dose de sécurité dans la période contractuelle en y imposant le principe de la bonne foi. Ce principe qui était uniquement réservé à la phase de l'exécution du contrat a été étendu à la période précontractuelle et plus tard les parties ont bénéficié d'un fondement juridique les protégeant de l'abus de liberté dans les négociations. Dans la phase des négociations, le principe de bonne foi inclut d'une part le devoir d'information et de confidentialité des informations échangées et de l'autre part l'encadrement de la liberté de rupture des négociations.

**900.** L'autre aménagement que le juge a pu faire est l'introduction d'une sanction unilatérale dans la phase d'exécution du contrat. La résolution unilatérale est l'œuvre du juge qui a décidé de simplifier les procédures devant les juridictions en offrant aux parties la possibilité de régler elles-mêmes les difficultés liées à l'inexécution du contrat.

**901.** A partir de la réforme du droit des contrats, le juge bénéficie de nouveaux pouvoirs grâce à l'introduction de nouveaux « instruments » dans le Code civil que le replacent au cœur du contrat. De ces pouvoirs, ressort celui d'interprète de la loi. Le juge apporte des éclaircissements sur les règles élaborées par le législateur puis comble le vide juridique dans le silence de celui-ci. En réalité ce pouvoir lui a été octroyé par le législateur qui le charge le droit de clarifier certaines dispositions législatives ou certaines notions trop vagues.

**902.** Ce pouvoir normatif reste toutefois encadré par la loi. C'est en quelque sorte une collaboration entre le juge et le législateur car ce dernier ne peut pas tout prévoir et les textes une fois codifiés restent figés. C'est ainsi que le législateur confie au juge le pouvoir d'interpréter la règle de droit pour assurer la continuité et la pérennité de celle-ci. Sont ici visées les dispositions législatives concernant l'interprétation du contrat notamment les directives d'interprétation. Les dispositions qui appellent à l'interprétation sont apparues vagues et incomplètes et le législateur a autorisé le juge le pouvoir d'interprétation le contrat selon « les modalités » qui le conviennent. Le juge a également été chargé de clarifier la notion de « standard juridique » qui a connu un foisonnement depuis la réforme. A titre de rappel, les standards juridiques sont pour la majeure partie une création du juge.

**903.** L'intervention du juge dans le contrat constitue une véritable garantie d'efficacité de celui-ci. En France, même si l'objectif qu'affiche l'ordonnance est de restreindre les pouvoirs

du juge en matière contractuelle et de laisser la part belle aux nouvelles prérogatives extrajudiciaires des parties, il est à noter que son rôle est d'autant plus remarquable qu'il s'inscrit à rebours de ce que l'ordonnance a voulu afficher. Le législateur a voulu restreindre les pouvoirs du juge mais sans le vouloir, il les a étendus. Sont visés ici les pouvoirs d'appréciation particulièrement étendus quant au contenu du contrat ou à sa validité car il lui appartient désormais du fait de l'introduction dans le nouveau Code de nouvelles notions, d'apprécier le caractère abusif d'une clause, le contrôle du droit à l'exécution forcée du contrat quant à la disproportion des intérêts entre le créancier le débiteur, de modifier le contenu du contrat pour imprévision, de prononcer la nullité du contrat pour violence ou pour abus de dépendance, d'exiger ou d'examiner la bonne foi au stade des négociations et de la formation, et surtout la définition juridique des standards juridiques qui sont des notions « normativement vides » dont la charge normative revient au juge de les remplir, de les adapter selon les circonstances. Cet accroissement des pouvoirs du juge n'est pas anodin étant donné que le droit des contrats a connu une réforme grâce aux « mots » du juge. Donc, que son pouvoir soit écarté ou renforcé, le juge a toujours le dernier mot : « aux parties les faits, au juge le droit ».

**904.** En droit sénégalais, le constat qui a été fait montre que le système législatif est caduc. Cette caducité se manifeste justement par une absence de jurisprudences innovantes qui pourraient influencer le législatif dans une réforme du droit des contrats.

**905.** Contrairement en droit sénégalais, la jurisprudence française a largement contribué à la refonte du droit des contrats même si le législateur a voulu le restreindre du contrat. Mais comme souligne le Professeur Thomas GENICON, « la réforme du droit des contrats poursuit des objectifs contradictoires : d'une part une avancée du juge pour contrôler le contenu du contrat à travers son pouvoir d'appréciation et d'autre part d'un recul du juge pour sanctionner la violation du contrat au profit de l'unilatéralisme »<sup>503</sup>. Mais ce recours aux pouvoirs unilatéraux, poursuit le Professeur GENICON, n'est pas significatif du recul du juge car il revient toujours apprécier l'usage de ces pouvoirs unilatéraux. Sur ce point, Vincent VIGNEAU rejoint les propos du Professeur GENICON lorsqu'il affirme que la réforme du droit des contrats a consacré un certain recul du juge dans un souci d'efficacité en permettant dans certains cas aux parties de se faire justice à elles-mêmes mais l'usage de ces pouvoirs unilatéraux présente deux problèmes. D'une part, le problème est relatif au défaut

---

<sup>503</sup> Extrait du colloque « L'office du juge et le contrat », publié le 14 juin 2021 sur courdecassation.fr.

d'encadrement du droit de recours aux pouvoirs unilatéraux et d'autre part, l'usage des pouvoirs unilatéraux se fait aux « risques et périls » du contractant qui peuvent se manifester par une contestation de la sanction, un établissement de la preuve en cas d'inexécution grave du contrat, un délai non défini de la saisine du juge, un renversement de la charge de la preuve. En réalité ce second problème est lié au défaut d'encadrement du droit de recours aux pouvoirs unilatéraux.

**906.** C'est ici que l'intervention du juge demeure efficace même le législateur a voulu le reléguer au second plan, le juge a toujours le dernier mot. Le juge n'est pas toujours très loin car il est en latence dans tout contrat, prêt à surgir pour voler au secours aux parties.

**907.** Mais il convient de noter que les pouvoirs du juge ne se limitent pas seulement à redéfinir le contenu du contrat. Sa fonction englobe aussi bien la sanction judiciaire du contrat mal formé ou mal exécuté, ce qui a été exclu de notre étude, d'autant plus les parties disposent des mécanismes dits de justice privée en l'espèce.

**908.** L'office du juge : c'est son devoir, sa mission et sa charge, ce qui relève de sa fonction. S'interroger sur cette office c'est avant tout en tracer les limites extérieures parce que ce qui ne relève pas de l'office du juge revient à quelqu'un d'autre. Cet autre, ce sont les parties au contrat dont les prérogatives sont plus au moins grandes, selon que l'office du juge est lui-même est vaste ou contraire limitée. Cet autre dont les pouvoirs dépendent de ceux du juge ce sont d'abord les parties au procès. Dans le cadre d'une instance, il est toujours important de savoir quelle prérogative revient aux parties ou au juge. L'idée est donc de délimiter leurs pouvoirs respectifs. Ensuite, cet autre dont les pouvoirs dépendent de ce qui sont attribués au juge ce sont aussi les parties au contrat. Et la question qui se pose est savoir doit-on saisir le juge ? Quelle est sa place dans la vie du contrat ? Cela vise les clauses pénales, les clauses résolutoires, les mécanismes dits de justice privée par lesquels les parties règlent ensemble d'avance leurs différends. Donc, il est important de savoir si le passage du juge est obligé ou non, facilité ou non, encouragé ou non dans ces circonstances.

## BIBLIOGRAPHIE

### I. OUVRAGES

- BART Jean, *Histoire du droit privé de la chute de l'empire romain au XIX<sup>e</sup> siècle*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 2009, 477 p.
- BOUGLE Claire, CHEVREAU Emmanuelle et MAUSEN Yves, *Introduction historique au droit des obligations*, LexisNexis, 2<sup>e</sup> éd., 2011, 310 p.
- BOURGOIGNIE Thierry et GILLARDIN Jean (dir.), *Droit des consommateurs : Clauses abusives, pratiques du commerce et réglementation des prix*, Collection générale, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 28 mai 2019, p. 3-53.
- BREGI Jean-François, *Droit romain : les obligations*, Ellipses, janvier 2006, 310 p.
- CHENEDE François, *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, Dalloz, 2018, 346 p.
- CHEVREAU Emmanuelle et GAUDEMET Jean, *Droit privé romain*, Montchrestien, Coll. « Domat », 3<sup>e</sup> éd., 2009, 430 p.
- DEROUSSIN David, *Histoire du droit des obligations*, Economica, coll. « Corpus », 2<sup>e</sup> éd., 2012, 919 p.
- DELEBECQUE Philippe, *Droit des obligations : régime général*, LexisNexis, 9<sup>e</sup> éd., 2018, 446 p.
- DOUVILLE Thibault, *La réforme du droit des contrats, ordonnance du 10 février 2016*, Gualino, 168 p.
- DOUVILLE Thibault ALLEAUME et Christophe (dir.), *La réforme du droit des contrats : commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2016.
- DRAME Seydina Ousmane, *Droit des obligations*, édition Academia, 2011, p. 51.
- DRAME Seydou, *Introduction générale au droit des obligations*, éd. Academia, 2013, p.25.
- DUNAND Jean-Philippe, SCHMIDLIN Bruno et WINIGER Bénédict, *Droit privé romain II : les obligations*, Schulthess, 2010, 238 p.
- FABRE-MAGNAN Muriel, *Le droit des contrats*, PUF, 2018, 128 p.
- GAUDEMET Jean, *Le droit privé romain*, Armand Colin, Coll. « U2 », 1974, 416 p.

GAZZANIGA Jean-Louis, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1992, 296 p

GENICON Thomas, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, 840 p.

GIFFART André-Edmond et VILLERS Robert, *Droit romain et ancien droit français (des obligations)*, 4<sup>e</sup> éd., Précis Dalloz, 1976

GIFFART André-Edmond, *Précis de droit romain, tome 2 : Les obligations*, Petits Précis Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1938

HOUTCIEFF Dimitri, *Droit des contrats*, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd., 2017, 649 p.

LACORDAIRE Henri, « *Sermon à la chaire de Notre-Dame* », 1848, in *Conférences de Notre-Dame de Paris, 1835-1851*, 1855.

LE GAC-PECH Sophie, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2017, 238 p.

LEPOINTE Gabriel et MONIER Raymond, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Sirey, 1954, 506 p.

LE TOURNEAU Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2018, 2702 p.

LEVY Jean-Philippe, *Histoire des obligations*, Paris, Les Cours de droit, 1999, 229 p.

LEVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2010, 1619 p.

MACQUERON Jean, *Histoire des obligations : le droit romain*, Aix-en-Provence, 2<sup>e</sup> éd., 1975, 505 p.

MALAURIE Philippe, *Droit des obligations*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 2016, 897 p.

MONIER Raymond, *Manuel élémentaire de droit romain, tome 2 : les obligations*, Domat-Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd., 1948, 345 p.

MONTERO Etienne et DEMOULIN Marie, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, La Charte, Bruxelles, 2004, p.120

NEUMAYER Karl Heinz, *La notion d'œuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*, Librairie Droz, 1998.

NICOLA Véronique, *Droit des obligations : Le contrat*, Ellipses, 2017, 352 p.

OPPETIT Bruno, *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. « Précis », 1<sup>e</sup> éd., 1999, 156 p.

PEGLION-ZIKA Claire Marion, *La notion de clause abusive : étude de droit de la consommation*, LGDJ, 2018, 420 p.

PLOTNIC Olesea, *Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, PAF, 2014, 656 p.

- POTHIER Robert Joseph, *Traité des obligations*, n° 3, in M. SIFFREIN, *Œuvres de Pothier, Traité des obligations*, tome 1<sup>er</sup>, Paris, 1821, p. 80
- RENAULT-BRAHINSKY Corinne, *Le nouveau droit des contrats*, Gualino, 2016, 84 p.
- RENAUT Marie-Hélène, *Histoire du droit des obligations*, Ellipses, coll. Mise au point, 2<sup>e</sup> éd., 2008, 137 p.
- RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2014, 134 p.
- ROBAYE René, *Le droit romain*, Bruylant, 5<sup>e</sup> éd., 2016, 341 p.
- ROMMEL Guy, *Droit des consommateurs : Clauses abusives, pratiques du commerce et réglementation des prix*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2019.
- ROZES Louis, « Quelques remarques sur l'évolution du droit des contrats », *Regards critique sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2005, p. 85-99.
- SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, 1274, p. 1168.
- SALL Bocar, *Droit des obligations*, L'Harmattan, Dakar, 2009, 64 p.
- SIMON, François-Luc, *Théorie et pratique du droit de la Franchise*, Joly, 2009, 594 p.
- TANGHE Fernand, « La critique marxiste du contrat de travail », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1981, 126 p.
- TOSI Jean-Pierre, *Le droit des obligations au Sénégal*, LGDJ / Nouvelles éditions africaines, 1981, 414 p.
- VASSART Patrick, *Manuel de droit romain*, Bruylant, 2014, 420 p.
- VILLERS Robert, *Rome et le droit privé*, Albin Michel, 1977, 633 p.
- VOGEL Joseph ET VOGEL Louis, *Le déséquilibre significatif*, Bruylant, 2017, 126 p.

## II. THESES ET MEMOIRES

- ANNE-SOPHIE LEBRET, *La distinction des nullités relative et absolue*, Paris, Université Panthéon-Assas, 2015.
- BENEDICTE GUIDERDONI, *Le forçage du contrat par le juge*, Caen, Université de Caen, 2002.
- CLAIRE-MARIE PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive*, Paris, Panthéon-Assas, 2013.
- ALLEME Janice Laure, « *La protection du consommateur à l'épreuve des technologies de l'information et de la communication : Etude du droit ivoirien à la lumière du droit français* », Thèse, Droit, Perpignan, 2019, p. 20.
- CASSIÈDE Marc, *Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé.*, Bordeaux, Université de



Bordeaux, 2018.

EDDEROUASSI Meryem, *Le contrat électronique international*, Thèse, Droit, Grenoble, 2017, 742 p.

FARAJ Essalhin, *Le contrat électronique*, Thèse, Droit, Paris 1, 2016.

GOUBINAT Marine, *Les principes directeurs du droit des contrats*, Thèse, Droit, Grenoble, 2016.

LAMSMARIES Violette, *La réduction du prix à l'aune de la réforme du droit des contrats*, mémoire de master 2, 2017, p.44.

MAHI-DISDET Djamila, *L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique*, Thèse, Droit, Avignon, 2011.

QIN Liwei, *L'interprétation du contrat : étude comparative en droits français et chinois*, Paris, Panthéon-Assas, 2012.

### III. ARTICLES, CHRONIQUES, CONTRIBUTIONS ET RAPPORTS

AIME Jean, « Les subtilités de la conduite des négociations des affaires : Quelle est la place du Droit dans les négociations d'affaire », *La référence du Business au Sénégal*, 2019.

AKONO Ramses Adam, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit OHADA des contrats », *Penant*, 2020, n° 910, p. 72.

AKRAWATI Adjita, « L'interprétation de la volonté des parties dans la vente commerciale (OHADA) », *Penant*, 2002, n° 841, p. 473.

ALEXANDRE G., « Le pouvoir créateur du juge dans le contrat », *Publications Doc Du Juriste*, 2015, p. 3.

ALLEGRET Marc, « La responsabilité de la SNCF pour les dommages corporels subis par ses voyageurs en cas d'agression », *Transidit*, 2003, n° 38, p. 4.

ANCEL NATHALIE, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *Revue des contrats*, n° 02, 2016, p. 408.

ANCEL Pascal, « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », *s.d.*, p. 28.

ARCHAMBAULT Laurent, « Le juge judiciaire, troisième partie au contrat », *Gazette du Palais*, n° 18, 2017, p. 18.

AUBERT DE VINCELLES Carole, « Possibilité du contrôle du caractère abusif des clauses relatives au prix », *Revue des contrats*, n° 4, 2010, p. 1299.

AUQUE Françoise, « Actes du Colloque Lille du 24 juin 2016 - Bail commercial et contrôle

du déséquilibre significatif », *Loyers et Copropriété*, 2016, n° 10.

AYNES Laurent, « Les nullités absolues : quel avenir ? - Introduction », *Revue des contrats*, 2019, n° 03, p. 128.

AYNES Laurent, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles », *Revue des contrats*, n° Hors-série, 2016, p. 14.

AZAÏS Xavier, « Coronavirus (Covid-19) : faut-il préférer l'imprévision à la force majeure ? », *Village de la Justice*, 2020, p. 1-3.

BAMDE Aurélien, « L'erreur sur la substance ou sur les qualités essentielles de la prestation : réforme des obligations », *Le Droit dans tous ses états*, 2017.

BAMDE Aurélien, « L'identification des clauses abusives : déséquilibre significatif, liste noire, liste grise et recommandations de la Commission des clauses abusives », *Le Droit dans tous ses états*, 2017.

BAMDE Aurélien, « L'insanité d'esprit comme cause de nullité du contrat », *Le Droit dans tous ses états*, 2017.

BAMDE Aurélien, « L'obligation précontractuelle d'information (art. 1112-1 C. civ) », *Le Droit dans tous ses états*, 2017.

BAMDE Aurélien, « La licéité du contenu du contrat ou la conformité de ses stipulations et de son but à l'ordre public », *Le Droit dans tous ses états*, 2017.

BAMDE Aurélien, « Les acteurs de la lutte contre les clauses abusives : juge, associations de consommateurs, commission des clauses abusives, pouvoir réglementaire », *Le Droit dans tous ses états*, 2017.

BAMDE Aurélien, « Les effets de la nullité : rétroactivité, restitutions et dommages et intérêts », *Le droit dans tous ses états*, 2017.

BAMDE Aurélien, « Les pouvoirs du juge en matière de clauses abusives », *Le Droit dans tous ses états*, 2017.

BAMDE Aurélien, « L'erreur sur la substance ou sur les qualités essentielles de la prestation : réforme des obligations », *Le Droit dans tous ses états*, 2017.

BAMDE Aurélien, « L'interprétation du contrat et le juge », *Le Droit dans tous ses états*, 2017.

BEHAR-TOUCHAIS Martine, « Les remèdes unilatéraux à l'inexécution dans les contrats de distribution » in *l'efficacité du contrat : acte de colloque sur le droit des contrats*, 2010, p. 23.

BENABENT Alain, « Les nullités absolues : quel avenir ? - Observations conclusives », *Revue des contrats*, 2019, n° 03, p. 150.

BENABENT Alain, « Equilibre contractuel : une liberté contrôlée », *Petites affiches*, 6 mai, 1998, p. 14.

BENABENT Alain et AYNES Laurent, « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », *Dalloz*, 2016, p. 434.

BERLIOZ Georges, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, 1973, p. 15, n° 15

BISMUTH Yves, « Forçage du contrat : généralisation de l'obligation de conseil du vendeur professionnel », 2010, *Intégrateur du droit*.

BIZEAU Maxime, « Les conditions de validité d'un contrat », *Fiches-droit.com*, 2019.

BIZEAU Maxime, « Les vices du consentement : erreur, dol et violence », *Fiches-droit.com*, 2019.

BLANC Nathalie, « Le juge et les standards juridiques », *Revue des contrats*, 2016, n° 02, p. 394.

BOFFA Romain, « La validité du contrat », *Gazettes du palais*, 2015, n° 120, p. 18.

BRUN Philippe, « Rapport de synthèse », *Revue des contrats*, 2016, n° 02, p. 416.

BURY Bénédicte, « L'indemnisation (inévitabile) de la perte de chance », *Gazettes du palais*, 2020, n° 36, p. 73.

CASSIEDE, M., « Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé. », *s.d.*, p. 856.

CATTALANO-CLOAREC Garance, « Le déséquilibre significatif : l'intangibilité du contrat n'est plus, place à la justice contractuelle ! », *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 2016, n° 03, p. 6.

CHANTEPIE Gaël, « L'efficacité attendue du contrat », *Revue des Contrats*, 2010, n° 01, p. 347.

CHARPENTIER Elise, « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », *Revue de droit. Université de Sherbrooke*, 1996, vol. 26, n° 2, p. 299-320.

CHAVANCE Emmanuel, « Le Nouveau régime des clauses d'indexation », *Revue trimestrielle LexisNexis Jurisclasseur*, p. 24.

CHAZAL Jean-Pascal, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », *HAL*, 2014, p. 30.

CHONE Sandrine, « Le devoir réciproque d'information des parties à un contrat », *s.d.*, disponible sur <https://www.bruno-bedaride-notaire.fr> (Consulté le 9 août 2021).

COLY Jean Karim, « Loi sur la consommation au Sénégal et quelles menaces potentielles pour le bien-être du consommateur dans l'espace CEDEAO. », *in*, 2020.

COUSIN-HENNIN Aurélie, « Les conséquences de la nullité du contrat », *Village de la Justice*, 2015, p. 1.

DANIS Jean-Sébastien, « La doctrine : élément essentiel d'une recherche juridique complète », *Thomson Reuters*, 2021.

DEREVOGE Adrien Thomas, « Le cadre légal de la négociation contractuelle depuis la réforme du droit des contrats entrée en vigueur le 1er octobre 2016 », *Village de la Justice*, 2017.

DERRAR BENJAMIN, « Le réputé non écrit, une nullité ? », *L'ESSENTIEL Droit de l'immobilier et urbanisme*, 2019, n° 05, p. 2.

DESHAYES Olivier, « La troisième chambre civile fait sienne la jurisprudence "Les Maréchaux" sur l'exécution de bonne foi des contrats », *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 2010, n° 02, p. 4.

DESHAYES Olivier, « Le dommage réparable en cas de dol dans la formation du contrat », *Revue des Contrats*, 2013, n° 1, p. 91.

DESHAYES Olivier, « Les frais de négociations constituent-ils un préjudice réparable après la rupture fautive des pourparlers ? », *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 2011, n° 03, p. 5.

DIATTA Thomas, « La protection des consommateurs par le Code des obligations civiles et commerciales », *l'Harmattan*, 2018.

DOUREAU Frédéric, « L'appréciation du bien-fondé de la résolution unilatérale », *Revue des contrats*, 2021, n° 2, p. 8.

DRAY Joan, « L'exercice de la garantie d'éviction par l'acquéreur », *Légavox*, 2015.

DRAY Joan, « Le devoir de mise en garde du banquier », *Légavox*, 2018.

DUFLO Virgile, « Responsabilité contractuelle en droit des obligations », *JurisLogic*, 2021.

DURAND Jean-Paul, « Code civil et droit canonique », *Pouvoirs*, 2003/4, n° 107, p. 59-79.

DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, « Le juge face au silence de la loi », *Revue du droit public*, n° 4 p. 1055.

ETIENNEY DE SAINTE MARIE Anne, « Interprétation créatrice : l'interprétation et la détermination du contrat », *Revue des contrats* n° 01, 2015, 116 p.

ETIENNEY DE SAINTE MARIE ANNE, « L'«interprétation créatrice» : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », *Revue des Contrats*, 2015, n° 01, p. 166.

FAGES Bertrand, « La conclusion du contrat et les vices du consentement dans la loi de ratification », *Revue des Contrats*, 2018, n° 115, p. 15.

FAGES Bertrand, « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *Bulletin Joly Sociétés*, 2016, n° 09, p. 529.

FASSASSI Qowiyou, « La crise de normativité dans la protection du consommateur OHADA », 2020, p. 24.

FEDOU Jean-François, « Le juge et la révision du contrat », *Revue des contrats*, 2016, n° 02, p. 382.

FENOUILLET Dominique, « Le juge et les clauses abusives », *Revue des contrats*, 2016, n° 02, p. 358.

FERNANDEZ Pierre, « Changement de circonstances imprévisible et révision du contrat », 2016.

FLOUR Jacques, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, p. 96, n° 4.

FRAIMOUT Jean-Jacques, « Le droit de rompre des pourparlers avancés », *Gazettes du palais*, 2000, n° 153, p. 2.

FRANCOIS Clément, « « Présentation des articles 1112 à 1112-2 de la nouvelle sous-section 1 “Les négociations” », La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1, » *Ressources Open Access de l'Institut d'études judiciaires Jean Domat*, 2019.

FRANCOIS Clément, « La réforme du droit des contrat », *Ressources Open Access de l'Institut d'études judiciaires Jean Domat*, 2015.

GENY François, « Science et technique en droit privé positif », III, Paris, Sirey, 1921, p. 103-104, n° 204 ;

GHESTIN Jacques, « La formation du contrat », *Traité de droit civil*, LGDJ, 1993, n° 25.

GOLDSTEIN Samuel, « La responsabilité civile de l'article 1382 (nouveau 1240) du Code civil », *Legal Place*, 2018.

GOUACHE Jean-Baptiste, « Déséquilibre significatif application dans les réseaux de franchise », *Gouache*, 2021, p. 9.

GRALL Jean-Christophe, « L'intégration du déséquilibre significatif en droit commun », *Grall*, 2016, n° 6.

GRALL Jean-Christophe, « Le déséquilibre significatif en droit français : une notion, deux textes, deux régimes juridiques », *Grall*, 2017.

GRIMALDI Cyril, « Réticence dolosive du précédent propriétaire et obligation d'information générale du vendeur », *Defrénois*, 2018, n° 14, p. 26.

GRIMALDI Cyril, « L'erreur de droit inexcusable à l'origine de la notification du droit de préemption est une cause de nullité », *Revue des Contrats*, 2011, n° 02, p. 542.

GRIMALDI Cyril, « Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats », *Petites Affiches*, 2016, n° 120, p. 6.

GROSSER Paul, « La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *Actualité juridique*,

2016, n° 06, p. 270.

GUERIN Sylvia et GENTY Nicolas, « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *AJ contrat*, n° 17, 2017, p. 17.

GUERRERO Magalie, « L'entrée de la notion de déséquilibre significatif dans le droit commun : une réforme ? », *overblog*, 2017.

GUEVEL Didier, « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », *Revue des contrats*, 2016, n° 351, p. 02.

GUEVEL Didier, « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats - Propos introductifs », *Revue des contrats*, 2016, n° 02, p. 352.

HEERS Mireille, « L'indemnisation de la perte d'une chance », *Gazettes du palais*, 2000, n° 83, p. 7.

HEINICH Julia, « Cession de droits sociaux : caractérisation de l'intention dolosive », *Revue des Contrats*, 2019, n° 03, p. 61.

HEINICH Julia, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractants », *Revue des contrats*, n° 03, 2018, p. 512.

HELAINÉ Cédric, « De l'examen d'office des clauses abusives par le juge - Contrat et obligations », *Dalloz*, 2021.

HERVIEU Merryl, « Nullité du contrat en l'absence de consentement : tout est relatif », *Dalloz*, 2019.

HERVIEU Merryl, « Actualité : Clause abusive : le relevé d'office est une obligation », *Dalloz*, 2018.

HOUTCIEFF Dimitri, « Chronique de jurisprudence de droit des contrats », *Gazettes du palais*, 2015, n° 099, p. 16.

HOUTCIEFF Dimitri, « Rupture abusive des pourparlers : un petit jeu sans conséquences ? », *Gazettes du palais*, 2013, n° 24.

JACQUET Morgane, « Qu'est-ce que la garantie d'éviction dans un bail de location ? », *Seloger*, 2020.

JOSSERAND Louis, « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le contrat forcé et le contrat légal », *Dalloz, Recueil Hebdomadaire*, 1940, n° 2, p. 5.

KASSE Moustapha, JULIEN Pierre, LESTOURNELLE Christian *et alii*, « Droit africain et sciences politiques », *EDJA*, 2018, n° 118, p. 12.

KRAJESKI Didier, « La disparition du contrat : nullité, caducité, résolution, résiliation », *Revue générale du droit des assurances*, n° 12, 2017, p. 646.

LAIDIE Yan, Le juge et l'efficacité du contrat en droit comparé interne, *Institut Francophone*

*pour la Justice et la Démocratie* 2020, n° 123.

LAMORIL Géraldine, « L'évolution de la jurisprudence depuis la réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016 et l'incidence de sa ratification par la loi du 20 avril 2018 », *ELEGIA*, 2019, n° 0004285.

LATINA Mathias, « L'inexécution même fautive, peut entrainer la nullité du contrat », *L'essentiel Droit des contrats*, n° 01, 2015, p. 5.

LAUGA Claude, « Les clauses abusives », *Claude Lauga et associés*, 2019.

LEGRAND Véronique, « Sanction des clauses abusives : l'épreuve de la divisibilité de la clause », *Actu-Juridique*, 2021.

LEFEVRE Francis, « Réforme du droit des contrats : encadrement des négociations », *Editions Francis Lefebvre*, 2016.

LHERSONNEAU Gaétan, « Réforme du droit des obligations : nullité et caducité du contrat », *Revue Juridique de l'Ouest*, 2016, vol. 29, n° 2, p. 59-69.

LIKILLIMBA Guy-Auguste, « La codification du droit des obligations dans l'espace OHADA », *L'harmattan*, 2018, p. 29.

LUDIVINE C., L., « Le juge dispose-t-il d'un pouvoir créateur de droit ? », *Publications Doc Du Juriste*, 2009, p. 3.

MAIRE Guillaume, « Contrats - [Le point sur...] Clause de résiliation anticipée et indemnité de rupture », *Lettre juridique*, 2020, n° 832.

MAIRE Guillaume, « La résolution unilatérale par notification indépendante de la clause résolutoire », *Revue Lamy Droit civil*, 2018, vol. 162, n° 162.

MAJERKSIK Virginie, « Déséquilibre significatif », *Vogel&Vogel*.

MAZEAUD Denis, « La place du juge en droit des contrats », *Revue des contrats*, 2016, n° 02, p. 353.

MAZEAUD Denis, « L'exécution forcée de l'obligation de ne pas faire », *Revue des contrats*, n° 3, 2007, p. 719.

MBAYE Kéba, « L'expérience sénégalaise de la réforme du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 1970, n° 1, p. 35-42.

MEKKI Mustapha, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *Revue des contrats*, 2016, n° 02, p. 400.

MEKKI Mustapha, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *Dalloz*, 2016, p. 494.

MESTRE Jacques, « La période contractuelle et la formation du contrat », *Petites Affiches*,

2000, n° 90, p. 07.

MIGNOT Marc, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *Petites Affiches*, 2016, n° 47, p. 07.

MONKAM Cyril, « Le « raisonnable » en droit OHADA : réflexion à partir du droit des contrats de transport de marchandises par route », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2016, n° 4, p. 537-564.

NDIAYE Isaac Yankhoba, CORREA Jean-Louis et DIOUF Abdoul Aziz (dir.), *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal, COCC : cinquante ans après*, 2 vol., L'Harmattan, Dakar, 2018.

NDIONE Saliou, *Le solidarisme contractuel en droit positif sénégalais*, 2019, p. 86.

NEISS Philippe, « Le juge des référés et la résolution du contrat », *Petites Affiches*, 2010, n° 230, p. 3.

NEISS Philippe, « Résolution unilatérale : le préavis n'exclut pas la faute grave », *Petites Affiches*, 2010, n° 230, p. 3.

NEVEU Yves, « Le devoir de loyauté pendant la période précontractuelle », *Revue des contrats*, 2000, n° 340, p. 6.

NUYTTEN Benoît et LESAGE Laurent, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Deffrénois*, 1998, n° 8, p. 497.

PELLET Sophie, « Le réputé non écrit n'est pas une nullité », *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 2019, n° 05, p. 1.

PIEDELIEVRE Stéphane, « Clauses abusives et office du juge », *Gazettes du palais*, 2017, n° 14, p. 22.

PIGNARRE Geneviève, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *Revue des contrats*, 2013, n° 1, p. 251.

PORTALIS Jean Etienne Marie, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801.

RAKOTOVAHINY Marie, « L'information des contractants », *Petites Affiches*, 2019, n° 86, p. 72.

RENET Thierry, « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *Revue des contrats*, 2019, n° 02, p. 106.

RENET Thierry, « Le juge et la révision du contrat », *Revue des contrats*, 2016, n° 2, p. 373.

RICHARD Sandrine, « La requalification des contrats de distribution par le juge », *Lettre des réseaux*, 2021.



ROPENGA Philippe, « Les évolutions du formalisme : entre légalité et légitimité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 81, 2018/2, p. 5-33.

ROUVIERE Frédéric, « L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente », *RTD*, 2009, p. 617-638.

ROZES Jean-Baptiste, « Les usages : des règles contraignantes que doit connaître tout professionnel », *Village de la Justice*, 2012, p. 2.

SARR Patrice, « La protection du consommateur sénégalais dans le commerce électronique. », *Village de la Justice*, 2011.

SARR Marie-Pierre, « Plaidoyer pour la consécration légale de la théorie de l'imprévision dans le futur Acte uniforme relatif au droit des obligations de l'OHADA », *Petites Affiches*, SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Clauses abusives - Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *Contrats Concurrence Consommation*, 2008, n° 06, p. 7.

SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « L'appréciation du déséquilibre significatif », *Petites Affiches*, 2015, n° 177, p. 70.

SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Clauses abusives : les nouvelles clauses noires et grises », à propos du décret du 18 mars 2009, p. 182.

SAVAUX Éric, « L'interprétation dans un ensemble contractuel », *Revue des contrats*, n° 02, 2016, p. 20.

SAVAUX Éric, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision - Rapport français », *Revue des contrats*, 2010, n° 03, p. 1057.

SAUVIGNON Jean, « Possibilités, limites et exclusions du recours à l'imprévision dans la crise actuelle », *Vogel & Vogel*, 2021.

SEUBE Jean-Baptiste, « De la distinction entre le "nul" et le "réputé non écrit" », *Revue des contrats*, 2021, n° 01, p. 72.

SEUBE Jean-Baptiste, « La loi du 6 juillet 1989 : ordre public de protection ou ordre public de direction », *Revue des contrats*, 2009, n° 1, p. 165.

SEUBE Jean-Baptiste, « Le critère de distinction entre les nullités absolue et relative », *Revue des contrats*, 2019, n° 03, p. 137.

SEUBE Jean-Baptiste, « Le juge et les restitutions », *Revue des contrats*, 2016, n° 02, p. 411.

SHAY Lakhter, « Le droit européen au service de la SNCF : la fin de l'obligation de sécurité de résultat », *LawWorld*, 2020.

SIENG Pikol, « Usages Commerciaux », *Legal Booster*, 2019.

SIMON et associés, « Déséquilibre significatif : Méthode d'appréciation, charge de la preuve

& illustrations », *Lettre des réseaux*, 2021.

STOFFEL-MUNK Philippe, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *Revue des Contrats*, 2016, p. 30.

STURLESE Bruno, « Le juge et les standards juridiques », *Revue des contrats*, 2016, n° 2, p. 398.

THIBIERGE Louis, « Rupture unilatérale aux risques et périls : gare aux clauses résolutoires », *Gide Loyrette Nouel*, 2014.

THIBIERGE-GUELFUCCI Catherine, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTDCiv.*, 1997, n° 24, p. 375-376.

TRICOT Daniel, « Le juge : le contrôle de dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions », *Revue des contrats*, 2015, n° 1, p. 149.

URRUTIA Bernardo, « Les enjeux pour la concurrence des marchés liés à Internet et au commerce électronique », *Gazette du palais*, n° 176, 24 juin 2000. p. 6.

WITZ Claude, « Le juge et la révision du contrat : vision du droit français », *Petites Affiches*, 2018, n° 065, p. 10.

ZOUHAL Adra, « Réforme du droit des obligations : les négociations précontractuelles », *Revue Juridique de l'Ouest*, 2016, vol. 29, n° 3, p. 51-66.

#### **IV. CODES, LOIS ET SOURCES OHADA**

AUDGO du droit OHADA

Code civil français (2016)

Code de la consommation français

Code des obligations civiles et commerciales sénégalais

Code des transports maritimes sénégalais

La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « loi Hamon » (France)

Loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques (Sénégal)

Loi n° 2021-25 du 12 avril 2021 relative aux prix et à la protection du consommateur (Sénégal)

Loi n°78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, dite loi Scrivener I (France)

Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs (France)

Projet de l'AUDGO du droit OHADA

## V. NOTES DE JURISPRUDENCE, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS

ALAIN BENABENT, obs. sous Cass., civ.1, 14 575, 27 novembre 2019.

DIMITRI HOUTCIEFF, obs. sous Cass., civ.3, 2 octobre 1974, 73-11.901. *Bull.* 2015, n° 330, p. 434.

MAXIME BIZEAU, obs. sous Cass, civ 1, 22 février 1978, 76-11.551, *Bull.*, n°. 74, p. 62.  
BAZINE E. note sous Cass, civ. 1, 22 mai 1985, 84-10.572 *Bull.* civ. 1993 I, n° 192, p. 132.

Cass., civ.3, 1 avril 1987, 85-15.010. *Bull.* 1987 III, n° 78, p. 46.

Cass, civ 1, 16 juillet 1987, 84-17.731, *Bull.* 1987 n° 226, p. 166.

SEVERIN JEAN, note sous Cass., civ. 1, 25 janvier 1989, 87-13.640, *La lettre juridique*, n° 502.

JACQUES MESTRE obs. sous Cass., civ.1, 19 décembre 1990, 88-12.863, 2012. *RTD civ.* 1991, n° 325.

VERONIQUE NICOLAS, obs. sous Cass., civ. 1, 14 mai 1991, 89-20.999, 2008, *La lettre juridique* n°325.

Cass., civ.3, 21 juillet 1993, 91-20.639, *Bull.* 2010, n° 730, p.76.

Jourdain P. note sous Cass., civ. 1, 17 janvier 1995, 93-13.075, 1995, *Jurispr.*, n° 96, p.350.

Cass., civ. 1, 6 mars 1996, 94-16.671, *Bull.* 1996, n° 119, p. 85.

JEAN-BAPTISTE ROZES note sous Cass., civ. 1, 6 janvier 1998, 95-19.199, *village de la justice*.

JAMIN C. note sous Cass., civ. 1, 13 octobre 1998, 96-21.485, 1999, n° 197.

PHILIPPE DELEBECQUE obs. sous Cass., civ. 1, 3 mai 2000, 98-11.381, *Petites affiches*, 2000, n°19, p. 1106

Cass., civ. 1, 23 janvier 2001, 97-20.618. *Bull.* civ. 2001, I, n° 8, p. 5.

J. MESTRE ET B. FAGES, obs. sous Cass., civ. 1, 13 février 2001, 98-15.092, *RTD civ.*,2001, n° 352.

FRANÇOIS MAZON note sous Cass., civ. 1, 20 février 2001, 99-15.170, *Bull.* 2001, n° 40, p. 25.

ADRA ZOUHAL, note sous Cass., com., 18 juin 2002, 99-16.488, *Revue juridique de l'ouest*, p.51-66.

CA, Dakar, 7 avril 2005, 384/2005, *Juricaf*, note JURICAF.

GUY QUILLEVERE note sous Cass., civ.,1, 23 janvier 2007, 06-16.062, *La lettre juridique*, 2012, n° 474.

ROUQUET Y. obs. sous Cass., civ.3, 23 janvier 2008, 06-19.129. *RTD civ*, 2008, n° 349

GALLMEISTER I. note Cass., civ. 1, 13 mars 2008, 5-12.551, *Dalloz*, 2008.

NADEGE MOULIGNER, ANNIE CHAMOULAUD-TRAPIERS, GULSEN YILDIRIM, NICOLE PETRONI-MAUDIERE, BERNARD VAREILLE note sous Cass., civ. 1, 4 juin 2009, 08-16.584. *Petites Affiches* n° n°247, p.5.

PHILIPPE MÉTAIS note sous Cass., civ.3, 10 juin 2009, 08-13.797 *Droit économique*, n° 1004, p.4.

Fages B., obs. sous Cass., civ.1, 25 mars 2010, 09-12.895, *RTD civ.*, 2010, p. 322.

Dondero B. note sous Cass., com., 14 septembre 2010, 09-12.084, *Gazette du Palais*, 2011, p. 17.

Mme MÉLOT et MM. MALHURET, BIGNON, CAPUS, DECOOL, FOUCHÉ, GUERRIAU, LAGOURGUE et WATTEBLED, note sous Cass, civ. 3, 20 octobre 2010, 09-66.113. *Bull. civ.* 2010, III, n°192. Dondero B. note sous Cass., com. 1 mars 2011, 10-12.268, *Gazette du Palais*, 2011, n° 345.

GAËLLE DEHARO note sous Cass., civ. 2, 28 avril 2011, 10-15.477, *La lettre juridique*, 2015, n° 630.

ADIDA-CANAC H., SALOMON R., LEROY-GISSINGER L. ET RENAULT-MALIGNAC F. note sous Cass., civ.2, 28 février 2013, 12-12.813. D. 2013.

CHRISTIAN FINALTERI obs. sous Cass., civ., 3, 24 septembre 2014, 13-18.924, 2014

JESSICA ABABADY, note sous Cass., com. 5 mars 2015, 14-13062, 2017.

Jean-Christophe GRALL, Guillaume MALLEN, note sous Cass., com., 27 mai 2015, 14-11.387, *Bull. civ.*, 2017, IV, n° 87.

Natacha Sauphanor-Brouillaud, obs. sous Cass., civ. 3, 4 février 2016, 14-29.347, *Revue des contrats*, n°01, p. 109

ELODIE VALETTE, note sous Cass., civ. 1, 3 novembre 2016, 15-20.621, *Etudes et commentaires affaires* n° 1252, p.5

THOMAS GENICON, note sous Cass., Ch. mixte, 24 février 2017, 15-20.411, *Revue des*

*contrats*, n° 3, p. 415.

VINCENT TECHENE, obs. sous Cass., civ. 1, 18 octobre 2017, 16-17.184, *Quotidien*, 2017

Cass., civ.1, 28 février 2018, 16-20057, *Juricaf*.

Cass., com., 28 février 2018, 16-19834, *Juricaf*.

DIMITRI HOUTCIEFF, note sous Cass., civ. 1, 27 juin 2018, 17-15.039, *Gazette du Palais*, 2018, n°31 p.21.

HUGUES PERINET-MARQUET, Cass., civ.3, 4 octobre 2018, 16-22.095, *Gazette du Palais*, 2019, n° 35, p.33.

CEDRIC BERNAT obs. sous Cass., com., 28 novembre 2018, 15-17578, *LexContractus*, 2019, n° 2.

CA, civ.1, Douai, 17 janvier 2019, 17/04694.

YVES-MARIE LAITHIER, note sous Cass., civ. 1, 30 janvier 2019, 18-10.796, *Revue des contrats*, 2019, n°2, p. 14.

Cour suprême, 6 mars 2019, 21, *juricaf*.

Cass., com., 27 mars 2019, 17-28.295

JEAN LEFEBVRE, obs. sous Cass., civ. 1, 11 décembre 2019, 13.840, *LPA*, 2020, n° 151, p.16.

ANTOINE GOUËZEL, note sous Cass., civ. 1, 20 janvier 2021, 18-24.297 *Gazette du Palais*, 2021, n° 21, p.58,

CA, civ., Saint-Denis (Réunion), 11 février 2021, 19/00440.

CA, civ. 1, 16 mars 2021, 19/00829.

Garance Cattalano, note sous Cass., civ. 1, 2 juin 2021, 19-22.455 *Revue des contrats*, 2021, n°1, p. 81.

CA, Paris, 13 décembre 2021, 20/08413.

DENIS MAZEAUD, ROMAIN BOFFA, NATHALIE BLANC, obs. sous Cass., civ., 21 novembre, 191, *Dictionnaire du contrat*, 2018

## INDEX ALPHABETIQUE

*(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)*

### A

**Abus**, 268  
**Accord de volonté**, 29  
**Appréciation**, 232

### B

**Base légale**, 154  
**Bonne foi**, 160

### C

**Clauses abusives**, 99  
**Codification**, 42  
**Confiance légitime**, 279  
**Confidentialité**, 291  
**Consensualisme**, 11  
**Consentement**, 289  
**Consommateurs**, 16  
**Contrats spéciaux**, 15  
**Cour de cassation**, 285  
**Coutume**, 39  
**Critère d'appréciation**, 285

### D

**Décisions**, 286

**Délai raisonnable**, 269

**Déséquilibre significatif**, 277

**Disproportion manifeste**, 278

**Droit français**, 29

**Droit sénégalais**, 37

### E

**Excès**, 282

**Extrajudiciaires**, 292

### I

**Imprévision**, 63

**Inexécution**, 285

**Information**, 162

**Instrumentum**, 289

**Interprétation**, 27

**Intervention**, 287

### J

**Juge**, 36

**Jurisprudence**, 34

### L

**L'autonomie de la volonté**, 16

**L'avantage manifestement excessif,**  
278, 283

**La liberté contractuelle,** 159

**Législateur,** 232

**Légitimité,** 161

**N**

**Négociations,** 158

**O**

**OHADA,** 17

**P**

**Pouvoir,** 273

**Pouvoir d'appréciation,** 284

**Pouvoir normatif,** 286

**Proportionnalité,** 268, 277

**S**

**Sanction,** 291

**Standard juridique,** 265

**Standards juridiques,** 287

**U**

**Usage,** 35

## TABLE DES MATIERES

<b>PAGE DE GARDE</b> .....	<b>1</b>
<b>AVERTISSEMENT</b> .....	<b>2</b>
<b>DEDICACES</b> .....	<b>3</b>
<b>REMERCIEMENTS</b> .....	<b>4</b>
<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>5</b>
<b>SIGLES ET ABREVIATIONS</b> .....	<b>6</b>
<b>INTRODUCTION GENERALE</b> .....	<b>1</b>
Section 1. La théorie classique de l'autonomie de la volonté, fondement du contrat.....	3
§ 1. La définition classique du contrat à travers les principes directeurs.....	4
§ 2. Vers un déclin de la théorie classique du principe de l'autonomie de la volonté .....	6
Section 2. L'évolution de la notion de contrat et son nécessaire encadrement.....	8
§ 1. L'évolution de la notion de contrat .....	9
A. L'évolution du concept classique du contrat .....	10
B. L'apparition des contrats d'adhésion .....	11
C. L'apparition des contrats conclus par voie électronique.....	12
§ 2. Le nécessaire encadrement de cette évolution .....	15
A. Un encadrement insuffisant de la loi .....	15
<b>1. Dans le droit français</b> .....	<b>15</b>
<b>2. Dans le droit sénégalais</b> .....	<b>16</b>
B. Un encadrement initié par le juge .....	18
<b>PREMIERE PARTIE : LE JUGE, COREDACTEUR <i>A POSTERIORI</i> DES PARTIES</b>	
<b>DANS L'ELABORATION DU CONTENU CONTRACTUEL</b> .....	<b>23</b>
TITRE 1. LA DETERMINATION DU CONTENU CONTRACTUEL PAR LE JUGE .....	26
<i>CHAPITRE 1. L'ADJONCTION D'OBLIGATIONS AU CONTENU CONTRACTUEL</i>	
<i>DEVANT LA VOLONTE TACITE DES PARTIES</i> .....	29
§ 1. Les sources écrites et non écrites en droit français .....	31
A. Les sources écrites : les sources d'origine légale .....	31
<b>1. Les règles impératives ou d'ordre public</b> .....	<b>31</b>
<b>2. Les règles supplétives ou règles d'interprétation de volonté</b> .....	<b>32</b>



B. Les sources non écrites .....	34
<b>1. La jurisprudence</b> .....	34
<b>2. Les usages</b> .....	35
§ 2. Les sources directes et indirectes en droit sénégalais .....	36
A. Les sources directes .....	37
<b>1. La loi</b> .....	37
<b>2. La coutume ou les usages</b> .....	38
B. Les sources indirectes .....	40
<b>1. La jurisprudence</b> .....	40
<b>2. La doctrine</b> .....	41
Section 2. La Cour de cassation et son pouvoir de détermination du contenu du contrat quant à la signification du silence des parties.....	43
§ 1. La découverte de l'obligation de sécurité et d'information par le juge français.....	43
A. L'obligation de sécurité .....	43
<b>1. La découverte de l'obligation de sécurité dans les contrats de transport</b> .....	44
<b>2. L'extension de l'obligation de sécurité et de son contenu</b> .....	47
B. L'extension de l'obligation d'information par la jurisprudence en droit commun des contrats .....	49
§ 2. La consécration de l'obligation de sécurité et d'information dans le droit sénégalais .....	52
A. L'admission dans le droit commun des contrats les obligations de sécurité et d'information .....	52
<b>1. L'obligation de sécurité mise à la charge du transporteur</b> .....	52
<b>2. L'obligation d'information mise à la charge des contractants</b> .....	55
B. L'admission de l'obligation de sécurité et d'information dans le futur Acte Uniforme de l'OHADA portant droit général des obligations .....	57
<b>1. L'obligation de sécurité envisagée dans le futur AUDGO</b> .....	57
<b>2. L'obligation d'information envisagée dans le futur AUDGO</b> .....	59
<i>CHAPITRE 2. LA MODIFICATION DU CONTENU CONTRACTUEL DEVANT LA VOLONTE EXPRESSE DES PARTIES EN CAS D'IMPREVISION</i> .....	63
Section 1. La consécration légale de la révision judiciaire pour imprévision dans le Code civil de 2016.....	64
§ 1. Les conditions nécessaires à l'intervention du juge posées par l'article 1195.....	64
A. Le changement de circonstances imprévisible après conclusion du contrat .....	64
<b>1. Le fait indépendant à la volonté des parties</b> .....	65

<b>2. L'onérosité excessive de l'exécution</b> .....	66
B. L'échec ou le refus d'une tentative de renégociation amiable des parties.....	68
<b>1. Le désaccord entre les parties sur la question du cas d'imprévision</b> .....	69
<b>2. Le défaut d'accord entre les parties dans un délai raisonnable</b> .....	71
§ 2. L'intervention du juge à la demande d'une partie.....	73
A. Le pouvoir de révision du juge .....	73
<b>1. La procédure de la saisine unilatérale pour révision judiciaire</b> .....	73
<b>2. La révision judiciaire du contrat</b> .....	73
B. Le pouvoir de résiliation du juge .....	75
<b>1. La résiliation judiciaire du contrat</b> .....	75
<b>2. L'allocation de dommages-intérêts due à la résiliation anticipée</b> .....	77
Section 2. L'imprévision dans le droit des contrats sénégalais .....	79
§ 1. Le refus par le Code des obligations civiles et commerciales du pouvoir de révision judiciaire pour imprévision .....	79
A. La justification du rejet de la théorie de la l'imprévision et du pouvoir de révision judiciaire .....	80
<b>1. L'application de la jurisprudence du Canal de Craponne : le principe de                 l'intangibilité des conventions</b> .....	80
<b>2. « L'acceptation du risque » de l'imprévision par les parties au nom du                 principe de la force obligatoire</b> .....	82
B. L'existence de clauses d'adaptation en faveur des parties.....	83
<b>1. Les clauses d'indexation</b> .....	84
<b>2. Les clauses de <i>hardship</i></b> .....	86
§ 2. L'autorisation par le futur AUDGO du droit OHADA de l'adaptation judiciaire du contrat pour imprévision .....	88
A. Les conditions de mise en œuvre de l'adaptation du contrat par le juge.....	88
<b>1. Le bouleversement des circonstances économiques lors de l'exécution du                 contrat</b> .....	88
<b>2. L'échec d'une tentative de règlement amiable des parties</b> .....	89
B. Le nécessaire encadrement des pouvoirs d'adaptation du juge .....	90
<b>1. Le flou dans la détermination du juge compétent et de ses pouvoirs</b> .....	91
<b>2. Le pouvoir discrétionnaire du juge quant à l'adaptation du contrat</b> .....	92
TITRE 2. LA DELIMITATION DU CONTENU CONTRACTUEL PAR LE JUGE.....	96

<i>CHAPITRE 1. L'ELIMINATION DES CLAUSES ABUSIVES DU CONTENU CONTRACTUEL</i> .....	99
Section 1. L'appréciation souveraine du juge du caractère abusif d'une clause .....	100
§ 1. La clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties .....	101
A. Les clauses réputées abusives en toute circonstance .....	101
B. Les clauses présumées abusives .....	103
§ 2. L'existence d'un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties .....	104
A. L'appréciation du déséquilibre significatif par le juge .....	105
B. Les critères d'appréciation du déséquilibre significatif .....	108
Section 2. Le réputé non écrit d'une clause jugée abusive .....	111
§ 1. Le réputé non écrit, une sanction de la clause jugée abusive .....	112
A. L'éradication de la clause abusive dans le contrat .....	112
B. Le maintien du contrat amputé de la clause abusive .....	115
§ 2. Le réputé non écrit, une approche non uniforme .....	117
A. L'approche du juge national et du législateur .....	117
B. L'approche du juge de l'UE : la CJUE .....	118
<i>CHAPITRE 2. L'EVOLUTION JURISPRUDENTIELLE DE LA LUTTE CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES</i> .....	123
Section 1. L'origine réglementaire de l'appréciation du caractère abusif d'une clause .....	124
§ 1. Les acteurs de lutte contre les clauses abusives sur le fondement des dispositions de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relatives à la protection des consommateurs .....	124
A. La commission des clauses abusives .....	125
B. Le pouvoir réglementaire .....	128
§ 2. L'existence de dispositions légales de lutte contre les clauses abusive dans le droit sénégalais .....	131
A. L'immersion de dispositions légales de lutte contre les clauses abusives <i>de lege lata</i> dans le droit sénégalais .....	131
B. L'émergence de dispositions légales de lutte contre les clauses abusives <i>de lege ferenda</i> dans le droit prospectif de l'OHADA .....	135
Section 2. L'origine jurisprudentielle de la détermination des clauses abusives .....	138
§ 1. La démarche progressiste du juge vers une appréciation du caractère abusif d'une clause .....	139

A. La jurisprudence du 16 juillet 1987 relative à l'appréciation des clauses jugées abusives non listées par le règlement .....	139
B. La confirmation des jurisprudences du 14 mai 1991 et du 26 mai 1993 relatives à la détermination des clauses abusives .....	141
§ 2. La consécration légale d'un pouvoir judiciaire de détermination des clauses abusives par le législateur .....	143
A. La consécration de la solution jurisprudentielle .....	143
B. Les dispositions des articles 1171 du Code civil et L.632-1 du Code de la consommation relatives au pouvoir judiciaire de détermination des clauses abusives .....	147

**DEUXIEME PARTIE : LE JUGE, COLLABORATEUR DU LEGISLATEUR DANS LE DEVELOPPEMENT DE LA REGLEMENTATION APPLICABLE AU CONTRAT ..... 153**

**TITRE 1. LE POUVOIR REFORMATEUR DU JUGE DANS LE SILENCE DE LA LOI..... 156**

**CHAPITRE 1. L'AMENAGEMENT D'UN « ESPACE DE DROIT » DANS LA PHASE DES NEGOCIATIONS PRECONTRACTUELLES..... 158**

**Section 1. L'encadrement judiciaire des négociations précontractuelles ..... 159**

§ 1. La consécration jurisprudentielle du devoir de bonne foi dans les négociations précontractuelles en droit français..... 159

A. L'exigence de la bonne foi dans le déroulement des négociations..... 160

**1. Le devoir d'information précontractuelle ..... 160**

**2. L'appréciation judiciaire du manquement au devoir de bonne foi..... 164**

B. L'exigence de la bonne foi dans la rupture des négociations ..... 166

**1. L'exigence du devoir de confidentialité lors de la rupture des négociations..... 166**

**2. L'abus de liberté dans l'exercice du droit de rupture des négociations ..... 168**

§ 2. L'extension du solidarisme contractuel dans la phase précontractuelle en droit sénégalais ..... 170

A. L'existence d'un devoir de bonne foi dans le déroulement des négociations précontractuelles..... 170

B. L'existence d'un devoir de loyauté dans la rupture des négociations ..... 172

**Section 2. L'engagement de la responsabilité pour manquement au devoir de bonne foi..... 173**

§ 1. L'action en responsabilité pour violation du devoir de bonne foi en droit français..... 174

A. L'action en responsabilité pour manquement du devoir d'information ..... 174

**1. La nullité du contrat pour réticence dolosive..... 174**

**2. La nécessité d'une distinction entre la nullité absolue et la nullité relative ..... 176**

B. L'action en responsabilité extracontractuelle pour rupture abusive .....	184
<b>1. Le juge et le préjudice matériel causé par la rupture abusive des pourparlers...</b>	184
<b>2. L'indemnisation de la perte de la chance .....</b>	186
§ 2. L'action en responsabilité contractuelle pour violation du devoir de bonne foi en droit sénégalais .....	189
A. L'action en responsabilité pour violation de l'obligation d'information .....	189
B. L'action en responsabilité extracontractuelle pour rupture abusive .....	190
<i>CHAPITRE 2. L'AMENAGEMENT D'UNE PROCÉDURE DE SANCTION AU STADE DE L'EXECUTION DU CONTRAT .....</i>	<i>194</i>
Section 1. L'introduction de « la résolution unilatérale par notification » dans le droit des contrats .....	196
§ 1. La conception de la résolution unilatérale : les origines .....	196
A. La conception jurisprudentielle de la résolution unilatérale en droit français .....	197
<b>1. La résolution unilatérale, une justice privée en réponse à une inexécution contractuelle donnant lieu à préjudice .....</b>	<b>197</b>
<b>2. L'exigence d'une faute certaine pour bénéficier du bien-fondé de la résolution unilatérale en droit français .....</b>	<b>201</b>
B. La conception législative de la résolution unilatérale en droit sénégalais .....	204
<b>1. La résolution unilatérale, une justice privée en réponse à une inexécution contractuelle provoquant un préjudice futur .....</b>	<b>204</b>
<b>2. La non-exigence d'une faute préalable pour bénéficier du bien-fondé de la résolution unilatérale et la solution du juge .....</b>	<b>206</b>
§ 2. La mise en œuvre de la résolution unilatérale par notification .....	208
A. L'obligation d'une mise en demeure dans l'exercice de la résolution unilatérale .....	208
<b>1. La mise en demeure, une alerte au débiteur sur sa défaillance .....</b>	<b>208</b>
<b>2. La nécessité de la mise en demeure au débiteur d'exécuter ses obligations .....</b>	<b>211</b>
B. La notification du créancier au débiteur de sa décision de résoudre le contrat .....	213
<b>1. La rupture proprement dite du lien contractuel par le créancier .....</b>	<b>213</b>
<b>2. Les effets de la résolution unilatérale par notification .....</b>	<b>214</b>
Section 2. Le prolongement de l'œuvre judiciaire dans la réforme du droit nouveau .....	216
§ 1. La consécration législative de l'unilatéralisme instauré par le juge .....	216
A. La réception de la résolution unilatérale dans le nouveau droit des contrats .....	217
B. L'encadrement de la résolution unilatérale par le législateur .....	218
§ 2. Le pouvoir d'appréciation souveraine du juge de la résolution unilatérale intervenue ...	220

A. Le contrôle judiciaire du bon usage du pouvoir de résolution unilatérale.....	220
<b>1. Le contrôle basé sur l’approbation d’une inexécution contractuelle</b> .....	220
<b>2. Le contrôle de la régularité des formalités requises</b> .....	222
B. La sanction de l’usage injustifié du pouvoir de résolution unilatérale .....	223
<b>1. L’invalidation de la résolution unilatérale irrégulière</b> .....	224
<b>2. L’allocation de dommages-intérêts pour rupture abusive</b> .....	226
TITRE 2. LE POUVOIR INTERPRETATEUR DU JUGE DANS LE SILENCE DE LA LOI....	230
CHAPITRE 1. LA CLARIFICATION PAR LE JUGE DE LA VALEUR NORMATIVE DE	
« DIRECTIVES D’INTERPRETATION » DU CONTRAT.....	232
Section 1. La mise en lumière d’une élaboration inachevée des dispositions relatives à	
l’interprétation.....	233
§ 1. L’élaboration incomplète des directives d’interprétation du contrat .....	233
A. L’absence de caractère impératif des « directives d’interprétation » du contrat .....	234
<b>1. Le contenu incomplet des dispositions relatives à l’interprétation du contrat</b> ....	234
<b>2. Le flou dans la détermination d’un pouvoir de contrôle de dénaturation</b> .....	237
B. L’adaptation « des directrices d’interprétation » entre les mains du juge .....	239
<b>1. Les méthodes d’interprétation livrées au pouvoir souverain du juge</b> .....	239
<b>2. L’extension des directives d’interprétation à tous les actes juridiques</b> .....	242
§ 2. <i>L’élargissement normatif des directives d’interprétation par la Cour de cassation</i> .....	243
A. La consécration d’une directive d’interprétation par la Cour de cassation .....	244
<b>1. La directive d’interprétation relative aux usages, à l’équité et à la bonne foi</b> ....	244
<b>2. La consécration des obligations issues de l’interprétation par la Cour de</b>	
<b>cassation</b> .....	246
B. La consécration d’un principe correcteur dans la continuité des directives	
d’interprétation .....	248
<b>1. L’exigence d’un devoir de cohérence des clauses contractuelles</b> .....	249
<b>2. L’éradication des clauses contradictoires</b> .....	251
Section 2. L’apport supplémentaire de la Cour de cassation aux normes d’interprétation : le	
contrôle de la liberté de l’interprétation.....	253
§ 1. Le recours au contrôle par la technique de la violation des règles impératives .....	253
A. Le contrôle de la violation de l’ordre public défini par le législateur .....	254
B. Le contrôle de la violation des règles imposées par la jurisprudence.....	256
§ 2. La consécration du contrôle de dénaturation du contrat par la jurisprudence	
Foucauld et Coulomb .....	258

A. Le contrôle de la dénaturation des dispositions contractuelles.....	259
B. Le contrôle de la requalification du contrat interprété.....	261
<i>CHAPITRE 2. LA CLARIFICATION PAR LE JUGE DE LA NOTION DE « STANDARD</i>	
<i>JURIDIQUE »</i> .....	265
Section 1. La charge normative des standards juridiques par les juges du fond.....	267
§ 1. La notion de standard juridique.....	267
A. La consécration de nouveaux standards juridiques dans le droit des contrats.....	267
B. L’extension des standards juridiques préexistants .....	270
§ 2. La judiciarisation du caractère législatif des standards juridiques.....	273
A. La délégation du pouvoir normatif au juge .....	273
B. L’appréciation des standards juridiques par les juges du fond .....	275
Section 2. L’encadrement du pouvoir d’interprétation des standards juridiques .....	281
§ 1. L’encadrement palliatif à l’insécurité juridique par la loi.....	281
§ 2. L’encadrement par un contrôle disciplinaire par la Cour de cassation .....	284
<b>CONCLUSION GENERALE</b> .....	<b>289</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>294</b>
<b>INDEX ALPHABETIQUE</b> .....	<b>310</b>
<b>TABLE DES MATIERES</b> .....	<b>312</b>

**Résumé :**

Le contrat est un acte juridique, une loi spéciale fermée à toute intervention extérieure. Toutefois, le contrat n'est pas toujours un acte infallible et il obéit à un ordre juridique qui le transcende. La jurisprudence s'inscrit dans cet ordre juridique qui gouverne le contrat. Etant donné que le contrat n'est pas toujours efficace et que les règles qui le régissent, une fois codifiées restent immuables, l'intervention du juge est nécessaire afin de garantir l'efficacité du contrat. Cette garantie d'efficacité se mesure par rapport à l'effectivité des stipulations contractuelles ainsi qu'aux règles applicables au contrat. A cet effet, le juge intervient dans un premier temps *a posteriori* afin de reconstituer le contenu contractuel lorsque celui-ci se révèle incomplet, bouleversé, ou lorsque le contrat contient des clauses abusives et, dans un second temps, dans le silence du législateur pour réadapter les règles applicables au contrat qui sont demeurées inadaptées, soit en les interprétant ou en les complétant, soit en créant de nouvelles règles si la loi n'a rien prévu.

**Mots clés :** contrat, contenu, juge, droit français, droit sénégalais, loi.

**Abstract :**

The contract is a legal act, a special law closed to any external intervention. However, the contract is not always an infallible act and it obeys a legal order which transcends it. Jurisprudence is part of this legal order which governs the contract. Given that the contract is not always effective and that the rules which govern it, once codified remain immutable, the intervention of the judge is necessary to guarantee the effectiveness of the contract. This guarantee of effectiveness is measured in relation to the effectiveness of the contractual stipulations as well as the rules applicable to the contract. Indeed, the judge will initially intervene *a posteriori* in the contract to reconstitute the contractual content when it turns out to be incomplete, upset, or when the contract contains abusive clauses. In a second step, he will intervene in the silence of the respected to readapt the rules applicable to the contract which have remained unsuitable, either by interpreting them or by supplementing them, or by providing new rules if the law has not provided for anything.

**Key words :** contract, content, judge, french law, senegalese law, Law