

UNIVERSITÉ ASSANE SECK DE ZIGUINCHOR
UFR DES SCIENCES ÉCONOMIQUES ET SOCIALES
DÉPARTEMENT DES SCIENCES JURIDIQUES

.....



MÉMOIRE DE MASTER EN DROIT PRIVÉ

Spécialité : Droit Privé Fondamental

LE CONTRAT D'INTÉRÊT COMMUN

Présenté par : M. THIerno NDAO

Sous la direction du: Dr. Ibrahima SECK, Enseignant
Chercheur au Département des sciences juridiques l'UASZ

Soutenu publiquement le 16 Décembre 2023 à l'UASZ

Devant le jury composé de :

Présidente : Pr. Gèneviève Bremond SARR, agrégée au Département des sciences juridiques de l'UASZ

Membre : Dr. Khalifa Ababacar KANE, Enseignant chercheur au Département des sciences juridiques de l'UASZ

Membre : Dr. Ibrahima SECK, Enseignant Chercheur au Département des sciences juridiques de l'UASZ

Année universitaire : 2021-2022

AVERTISSEMENT

« L'Université Assane Seck de Ziguinchor (UASZ) n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions devant être considérées comme propres à leur auteur ».

DÉDICACE

A mon regretté père MBAYE NDAO De ton vivant, tu nous éclairais le chemin et nous protégeais.

Depuis les Cieux, tu demeures dans nos cœurs et nous accompagnes pour toujours.

Mon plus grand regret est de ne t'avoir pas comblé avant ton départ. Nous nous battons pour toi, pour que tu sois fière de nous. Que DIEU t'accueille dans son paradis. Amen !

A la mémoire de ma sœur Fatou Aïssatou NDAO

A la mémoire de mes frères Ousmane et Fallou NDAO

A la mémoire de mon ami Souleymane NDAO

Que le Bon DIEU vous comble de miséricorde

A ma chère mère Aida NDAO pour les sacrifices consentis depuis mes premiers pas à l'école Que le Bon DIEU vous prête une longue vie et une santé de fer. Grâce à vous, l'éducation nous a servis et nous y ferons toujours référence. A chaque fois que nous sommes tentés de prendre un autre chemin que celui du bien, ta voix et tes paroles retentissent en nous et nous réorientent.

Que DIEU t'accorde longue vie car nous avons encore besoin de toi. A mes sœurs et frères particulièrement à Babacar NDAO un frère à qui je ne remercierai assez, à mes cousins, nièces, neveux, tantes, oncles et beaux-frères, à toute ma famille (NDAO et alliés).

A mes très chères Mame Sona DIEME, Awa DIEME et toute la famille DIEME de Grand Yoff vous nous avez traités comme un membre de votre famille.

REMERCIEMENTS

Merci, disait l'autre, « est un bien modeste petit mot mais il ne sort de la bouche que sous l'effet d'un acte qui inspire la gratitude ».

J'aimerais saisir cette occasion qui m'est offerte pour remercier, du plus profond du cœur, tous ceux qui ne cessent d'œuvrer pour ma réussite.

A ce titre, je ne me laisserai jamais de remercier mes chers parents pour tout le bien qu'ils ne cessent de me procurer.

➤ *Les recherches présentées n'auraient pas pu être menées à bien sans le concours de certaines personnes qui m'ont soutenu.*

➤ *Je voudrais d'abord exprimer ma profonde gratitude à mon directeur de mémoire Monsieur **Ibrahima SECK** qui malgré ses nombreuses responsabilités a accepté d'encadrer ce travail. Merci pour sa disponibilité, sa courtoisie, ses conseils avisés mais aussi et surtout pour son sens du partage du savoir et la pertinence de ses orientations.*

➤ *Un vif remerciement à Mademoiselle Aissata BOCOUME Doctorante en droit privé pour son aide indéfectible.*

➤ *Mes remerciements vont également à l'égard de khadim SENE Doctorant en tourisme pour son soutien*

➤ *Je tiens à remercier également tout le corps professoral du Département des Sciences juridiques pour avoir participé à notre formation.*

➤ *De passage, je salue et remercie tous ceux qui de prêt ou de loin m'ont aidé ou ont participé à ma formation de par leurs conseils, leur amour, leur soutien (BABACAR NDAO) moral ou pécuniaire sans oublier mes oncles (Samba NDAO et Lamine NDAO) et tantes, mes amis de l'université ainsi que mes amis d'enfance. J'en profite pour leur lancer ces paroles que je ne cesse de prononcer en leur disant : « celui qui veut vivre sous l'ombre doit construire ses briques sous le chaud soleil ».*

LISTE DES SIGLES, ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES

Al. Alinéa

Ass. Plén. Assemblée plénière de la cour de cassation française

Art. Article

AJDJ. Actualité juridique de droit et de jurisprudence

AUDCG. Acte uniforme portant droit commercial général

AUSCGIE. Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique

Bull. Bulletin des arrêts de la Cour de cassation

Bull. Civ. Bulletin des arrêts de la Cour de cassation chambre civile

Civ. Civil

C. A. Cour d'Appel

Cass. Ass. Plén. Cour de cassation Assemblée Plénière

Cass. Civ. Chambre civile Cour de cassation

Cass. Com. Chambre commerciale Cour de cassation

C. Civ. Code civil français

COCC. Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal

Comm. Commentaires

Concl. Conclusions

Collec. Collection

D. Dalloz

D. Chron. Dalloz chroniques

D. J. Dalloz jurisprudence

D. somm. Dalloz sommaires commentés

Ed. Edition

Gaz. Pal. Gazette du Palais

Ibid. Ibidem, au même endroit

Infra : Ci-dessous

JCP. Juris Classeur Périodique

J.O. Journal Officiel

LGDJ. Librairie générale de droit et de jurisprudence

L. : loi

N° : numéro

Obs. Observations

Op. Cit. Opus citate, cité plus haut

OHADA. Organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires

P. : Page

Para. : Paragraphe

préc. Précité

PUAM. Presse universitaire d'Aix Marseille

PUF. Presses universitaires françaises

Rev. Revue

RJCom. Revue de jurisprudence commerciale

RDC. Revue des contrats

RJDA. Revue de jurisprudence de droit des affaires

RTD Civ. Revue trimestrielle de droit civil

RTD. Com Revue trimestrielle de droit commercial

S. Suivants

Spéc. Spécial

Soc. Social

Supra : Ci-dessus

UASZ. Université Assane Seck de Ziguinchor

Vol. Volume

V. Voir

SOMMAIRE

INTRODUCTION :.....	1
Chapitre 1 : Le contrat d'intérêt commun : un contrat sui generis.....	9
Section1 : L'émergence de nouveaux fondements du contrat.....	9
Section 2 : L'originalité du contenu du contrat d'intérêt commun.....	26
Chapitre 2 : L'intérêt du particularisme du contrat d'intérêt commun	41
Section 1 : L'attention bienveillante aux intérêts des parties au contrat	41
Section 2 :L'évolution souhaitée de la théorie classique des obligations et contrats	51
Conclusion :.....	64

INTRODUCTION

« Lorsque la logique du rapport contractuel se fait plus pédagogique que disciplinaire, il n'est pas exclu que la réflexivité du contrat serve à initier les parties à une nouvelle manière de faire confiance au lieu de rester prisonnières du rapport de confiance traditionnel »¹.

Dans la conception classique, le contrat a pour centre de gravité la recherche égoïste de l'intérêt personnel², la liberté n'étant qu'au service de cette recherche, sans que ne soit prises en considération d'autres valeurs³. S'intéresser à l'autre partie, à son intérêt, serait inversé la logique même du contrat. Dans le meilleur des cas, ceci relèverait d'une totale ignorance de la réalité humaine et contractuelle⁴.

Pour les tenants de cette opinion, « prétendre que l'individualisme et ses corollaires, notamment l'idée que chaque homme doit veiller par priorité à ses intérêts, seraient supplantés⁵ par la solidarité et la fraternité qui uniraient naturellement tous les membres du genre humain, ne témoigne pas d'une connaissance approfondie des ressorts de l'âme humaine ». Pis, cette association dénoterait une tentative de déformation de l'objectif du droit des contrats, dans le fait de transformer en manifestation d'altruisme le fait de contracter, alors que dans une perspective libérale, on tend à le tenir pour un acte égoïste - c'est-à-dire un acte où seul l'on poursuit d'abord son intérêt. Mais le

¹ J. Guy BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 292.S

²J. Calais-AULOY et F. STEIMETZ évoquent notamment à ce propos les moyens préventifs et collectifs mis en place, ces dernières années par le droit de la consommation Droit de la consommation, 4^{ème} éd. Dalloz 1966, n°20 p.18 s.). Adde : coll. Perpignan, 24-27 octobre 1997, Droit du marché et Droit commun des obligations, v. Spécialement les rapports de D. MAZEAUD, « L'attraction du droit de la consommation », *RTD.com*.1998, p.95 et J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit d la consommation sur le droit des contrats », p.115

³ S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, p. 37 : « si l'on considère que le droit n'a pas pour finalité le juste mais poursuit seulement le développement économique, il devient délicat sous peine d'illogisme d'admettre qu'en arrière-plan, un ensemble de règles morales conditionnent le développement du droit.

⁴ F. TERRE, P. Simler et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 11e éd., 2013, p. 47-48 ; Ph. Malaurie, « Le retrait d'associé n'est pas susceptible de rescision pour lésion », 1997, p. 216. V. égal. Ph. DELBECQUE, note sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 1996, p. 1028 ; D. MAZEAUD, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel* ; C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », p. 442

⁵ M. AZOULAI, *L'élimination de l'intuitu personae dans les contrats* in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, sous la direction de P. Durand, LGDJ 1960, p.1.

plus dangereux serait que cette association relèverait de l'utopie, de l'angélisme ou du fantasme, du mythe, de l'illusion, pour ne pas dire de l'hallucination⁶.

Mais surtout, introduire cette valeur comportementale ne serait pas seulement incompatible avec le contrat ou irréaliste dans ce domaine, elle serait nocive pour lui, mais aussi pour le dynamisme économique⁷.

Cependant, si l'élément essentiel dans la vie des affaires est la recherche de l'intérêt personnel, ceci ne veut point dire que n'importe quelle dose d'égoïsme serait tolérée, ou qu'il n'y ait aucune place pour l'altruisme.

Il existe aujourd'hui une tendance palpable à tempérer l'égoïsme, l'individualisme ou la liberté. C'est le sens de l'affirmation de Durkheim en 1959, qui soulignait que : « l'intensité des sentiments de fraternité humaine (allait) en se développant », « à pousser le contractant à manifester de bons comportements, à le forcer à adopter une autre manière d'agir ». Et dans la même logique M. CABRILLAC a pu affirmer « peut-on construire une notion de contrat d'intérêt commun ? Elle n'effaroucherait pas la pratique, comme en attestent certaines décisions... ».

Toujours, l'idée de prise en compte de l'intérêt de l'autre est perceptible dans le contrat de mandat⁸. Cette tendance dérive certes d'une certaine morale, d'une certaine conception du monde et des rapports sociaux, tentant d'y faire correspondre le contractant. Ce courant retrouve dans le contexte actuel toute sa force. En effet, la crise financière et économique d'une particulière intensité qui a frappé le monde des affaires en 2008 et entraîné la chute de géants financiers jadis considérés comme intouchables, et dont les effets continuent de se faire sentir, a mené à la stigmatisation de l'égoïsme et de la cupidité, dénoncés dans la conscience collective comme les principaux responsables de l'effondrement. C'est donc particulièrement pour réagir aux excès de l'*Intuitu personae*⁹ et de l'égoïsme dans la vie des affaires que sont introduites, au sein du contrat,

⁶ L. LEVENEUR, « Le solidarisme contractuel : un mythe », in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (sous la dir. de), *Économica*, Paris, 2004, p. 173 et s : « la fraternité contractuelle est une vue de l'esprit ».

⁷ Sur ce point, R. LIBCHABER, obs. sous Cass. civ. 13 mai 2003, Bull. civ. n° 114, p. 89: « prôner l'égoïsme dans le contrat, c'est estimer que celui-ci est mieux formé quand les contractants s'emploient à maximiser leurs avantages : il appartient à chacun de se soucier de ses intérêts sans se préoccuper de ceux de l'autre - qui ne concernent que lui, et qu'il est de ce fait le mieux à même d'apprécier et de défendre » ; J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », p. 121-122 : « La fraternité entre contractants, de par son irréalité, est à la fois inutile et perverse, au sens étymologique du mot (...) C'est en prenant conscience que le contrat est un lien conflictuel, et non fraternel, que l'on pourra efficacement concevoir des moyens juridiques pour protéger certaines parties vulnérables, sans toutefois scléroser le dynamisme économique ».

⁸ M. CABILLAC, « Remarque sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélange Gabriel MARTY*, Univ. Toulouse, 1979, p.246, cité, par Philippe GRIGNON, « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », in *Mélanges M. CABRILLAC*, p.127.

⁹ *Intuitu personae*, une expression latine signifiant « en considération de la personne ». Employée pour caractériser les opérations (notamment les conventions) dans lesquelles la personnalité de l'une des parties est tenue pour essentielle en raison de ses aptitudes particulières ; de la nature du service attendu d'elle, etc..... *Intuitu personae* (nominatif) désigne la dose de considération Personnelle qui entre dans le contrat (G. CORNU, *PUF* 1996, V° *Intuitu personae*, vocabulaire juridique.

des exigences de réserve, d'empathie, d'entraide, de solidarité ou même de fraternité. Bref des idées traduisant un mouvement vers autrui, au sein des rapports économiques dont l'essence est la recherche de l'intérêt privé et personnel. C'est ici la morale « sociale », ou « relationnelle » qui est visée. Parmi les normes morales, un lot important règlera donc nos rapports avec autrui. Elles nous apprendront à respecter les droits de ceux qui nous entourent, à pratiquer les devoirs d'entraide et d'assistance mutuelle que la solidarité et la fraternité nous imposent. Elles régiront notre vie de société et constitueront la morale sociale¹⁰. Cette ouverture du droit contractuel contemporain sur certaines valeurs relationnelles d'entraide et d'altruisme, provoque nécessairement des effets sur les idées puisées dans la philosophie classique libérale et individualiste, se matérialisant en droit des contrats par la théorie, le « mythe¹¹ » diront certains, de l'autonomie de la volonté. C'est dans ce sens qu'on est amené à réfléchir sur le sujet relatif au : « contrat d'intérêt commun ».

Il ne sera directement question ni de la fonction, ni du régime du contrat, mais seulement de la notion de contrat, c'est-à-dire du point de savoir ce que c'est qu'un contrat et ce qui est contrat. On a montré combien il était difficile de donner une définition commune du contrat, même en se limitant à quelques systèmes juridiques, tels que les droits anglo-américains, allemands, italiens et français. Certains considèrent même qu'une telle définition est impossible ou que, du moins, le contrat ne peut recevoir qu'une définition fonctionnelle dont le sens sera variable en fonction du contexte.

Si le contrat a pu être qualifié de « pilier » du droit, son existence même, en tant que concept suffisamment identifiable pour être de quelque utilité, a été contestée. Un critère du contrat suppose un élément unique de reconnaissance ou, en tout cas, des éléments peu nombreux, qui devront être retrouvés dans tous les actes auxquels cette qualification sera attribuée.

L'anthropologie juridique donne à penser cependant que le contrat, les relations contractuelles, sont bien de l'essence des relations humaines¹².

On a montré que dans les sociétés semi-complexes et, *a fortiori*, dans les sociétés complexes, comme nos propres sociétés, la soumission à des règles juridiques externes aux parties et sanctionnées par des organes judiciaires permet la réunion des conditions minimum permettant

¹⁰ J. T. DELOS, « Le problème des rapports du droit et de la morale », *Arch. phil. dr.* 1933, p. 84, p. 85.

¹¹ Par. ex. D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », *LPA* 7 mai 2004, p. 47, « on doit constater le déclin des mythes sur lequel le droit français des contrats a prospéré pendant près de deux siècles » ; Le nouvel ordre contractuel, RDC 2003, p. 295 ; D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *RDC* 2011, p. 644. Adde, G. CORNU, L'évolution du droit des contrats en France, *RID comp.* 1979, p. 447, spéc. p. 449, n° 7 : « Il est possible que (...) l'article 1134 du Code civil ne soit que le support heureux d'un mythe. Mais les mythes prennent corps ».

¹² D'ailleurs « ni la société ni *a fortiori* la justice et le droit n'existent sans relations entre les personnes » A. SERIAUX, *Le droit des obligations, Éllipses*, Paris, 1997, p. 19.

d'identifier des relations contractuelles : des sujets (les parties), un objet (prestation ou bien) et une sanction judiciaire.

A cet égard on observera que s'il peut éventuellement y avoir des contrats « sans loi », encore que cette opinion soit contestée, cela signifie seulement qu'un contrat pourrait n'être soumis à aucune loi étatique et n'obéir qu'à celle des marchands, la *lex mercatoria*. Mais en tout cas il ne peut y avoir de contrat sans droit ni sans juge.

L'évolution dans nos sociétés peut aller un temps dans le sens du développement des relations statutaires, ce qui correspond à la fin du XIXe siècle et aux trois premiers quarts du XXe siècle. La standardisation et la réglementation des contrats les font à tout le moins ressembler à des statuts. Elle peut aller aussi dans le sens de la prédominance des relations contractuelles, comme dans la période précédant et suivant le code civil, ou encore la période actuelle où la nouvelle société réclamée par beaucoup est présentée essentiellement comme une société contractuelle.

Sur le plan proprement juridique la notion de contrat¹³ (au singulier), ou tout au moins celle de contrats (au pluriel), est relativement ancienne. On connaît, en effet, l'évolution qui, à partir des contrats nommés, formalistes et concrets du droit romain, a conduit à l'élaboration d'une théorie du contrat par Domat et Pothier, qui ont en même temps orienté le code civil vers une conception « volontariste » du contrat et le COCC¹⁴ embrassé presque dans son intégralité la même conception.

Le mot contrat¹⁵ vient du latin (*contractus*) lui-même dérivé de (*contrahere*) qui signifie rassembler, réunir, conclure¹⁶. Le terme n'est guère explicite en lui-même. Pour préciser alors l'origine sémantique du mot contrat, il est en fait indispensable de se référer à la convention dont il est fréquemment le synonyme et, en tout cas, l'espèce par rapport au genre. Il reste alors à définir la convention et à préciser ses rapports avec le contrat.

Le mot convention vient du latin (*conventio*) lui-même dérivé de *convenire* qui signifie venir ensemble, d'où être d'accord¹⁷. Conclure un contrat, une convention, c'est se mettre d'accord sur

¹³ Sur ce point, M. GHESTIN, « La notion de contrat », *Revue Droits* 1990, p. 7 et s.

¹⁴ Le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal a été adopté en vertu de la loi 63-62 du 10 juillet 1963, entré en vigueur le 15 janvier 1967. Cette loi est le reflet d'une « construction homogène comprenant quatre parties (les parties concernant la garantie des créances et celle relative au Code des sociétés et du GIE.

¹⁵ G. ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, th. dactyl., 2 vol., Paris, 1965, n° 172, cité in Ph. Jacques, F. CHABAS, Regards sur l'article 1135 du Code civil, *Dalloz*, Paris, 2005, p. 387, V. égal. Ph. Jacques, F. CHABAS, p. 389-390 : « la volonté de contracter peut s'entendre de la représentation individuelle d'un intérêt, arbitré (de l'extérieur) par le droit ».

¹⁶ Jacques GHESTIN, *La notion de contrat*, Recueil Dalloz 1990, p.147.

¹⁷ Jacques GHESTIN, *La notion de contrat*, Recueil Dalloz 1990, op. cit, p.147.

quelque chose. On s'accorde à définir la convention comme un accord de volontés, entre deux ou plusieurs personnes, en vue de produire des effets de droit.

Il est curieux de constater que, dans le Vocabulaire juridique Capitant, les mots essentiels de cette définition et ceux auxquels leur définition même renvoie, particulièrement les termes accord de volontés ou de volonté. Ils sont soit au pluriel soit au singulier, volonté et consentement comportent chacun plusieurs significations. Faut-il en conclure que leur importance dans la qualification de contrat serait moins grande qu'on le pense généralement ? A moins que ce ne soit précisément leur caractère fondamental qui impose un tel flou juridique. Celui-ci, en tout cas, ne peut manquer d'influencer la notion même de contrat. Chaque fois qu'il sera question de volonté ou de consentement, il faudra choisir, en fonction du contexte, le sens le plus probable donné à ces mots.

Les droits anglais et nord-américain font également de l'accord (agreement) qui est la rencontre des volontés, un élément constitutif du contrat. Mais comme le droit français ce n'est qu'une partie de ce dernier qui ne coïncide pas avec le contrat tout entier.

Le contrat est enfin classé dans les actes juridiques. Mais si le contrat au sens large de convention n'est ainsi qu'une espèce dans le genre acte juridique, il est l'acte juridique par excellence, celui auquel on se réfère constamment pour caractériser ce dernier. Et le code des obligations civiles et commerciales donne finalement une définition du contrat « accord de volontés générateur d'obligations »¹⁸

L'intérêt quant à lui, est une notion difficile à définir¹⁹. Elle reste, sur un plan philosophique, « l'une des notions fondamentales nécessaires à l'étude de l'activité humaine, et des jugements de valeur²⁰ ». Elle est aujourd'hui au cœur de nombreux débats en droit. L'intérêt est une notion ambivalente, et comporte plusieurs dimensions à la fois. Elle renvoie à ce qui est utile, mais aussi à ce qui est important pour une partie. Le Vocabulaire juridique dirigé par M. Gérard CORNU²¹ définit l'intérêt comme suit : « ce qui importe (à l'état brut, avant toute qualification) : considération d'ordre moral (affection, honneur, haine) ou économique (argent, possession d'un bien) qui, dans une affaire (contrat, procès...) concerne, attire, préoccupe une personne (ce qui lui importe) », ou comme « ce qui est bon, ce qui est opportun, avantageux, bénéfique, (avantage d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial, individuel, ou social, etc.) ». Et plus spécifiquement, sur

¹⁸ Art 40 du COCC du Sénégal, 1963.

¹⁹ G. CORNU et J. Foyer, Procédure civile, PUF, Paris, 3^e éd., 1996, p. 344, n° 80 ; R. CABRILLAC, L'acte juridique conjonctif en droit privé français, LGDJ, Paris, 1990, p. 35, n° 69 ; E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, *Économica*, Paris, 1985, préface G. Cornu, p. 184, n° 283.

²⁰ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Quadrige/P.U.F., Paris, 3^e éd., 2010.

²¹ Auquel il sera fait référence par la suite, par Vocabulaire juridique Cornu.

le plan économique, comme « ce qui est économiquement utile ; rapport pécuniaire, profit, avantage patrimonial en nature ou en argent²² ».

Pour le contrat, c'est certes la troisième de ces définitions qui est la plus adéquate, parce qu'elle rend l'intérêt d'une partie au contrat plus mesurable, même si celui-ci peut être conçu plus largement que le simple intérêt pécuniaire ou matériel. Toujours est-il qu'au sein du contrat, l'intérêt de la partie doit être rapproché de l'utilité que porte pour elle le contrat, pour la satisfaction d'un besoin. L'intérêt y est donc conçu plus strictement comme une utilité d'ordre matériel ou économique. Mme ROCHFELD affirme elle plus explicitement, pour cerner la notion d'intérêt, qu'« il ne s'agit pas seulement de se positionner par rapport à un besoin, mais d'établir un lien entre un besoin et un bien ou un service propre à le satisfaire. Intervient alors la notion d'utilité qui exprime l'adéquation, au sein de ce rapport, entre le bien et le besoin, entre le bien et la fin qu'il sert à réaliser. L'intérêt représente donc une utilité spécifique entre une personne et un bien. Du côté de la chose ou de la prestation, on parlerait d'utilité (la chose est utile à l'homme) ; du côté de la personne, d'intérêt (l'homme a un intérêt à la chose). Ainsi, l'intérêt et l'utilité constitueraient les deux faces, les deux points de vue (de la personne ou de la chose) du même phénomène ».

La personne a un intérêt au contrat, constitué par l'utilité que présente pour elle ce dernier.

En définitive notion juridique ou non, fonctionnelle ou relationnelle, l'intérêt renvoie à une idée préconçue : celle de l'égoïsme, de l'individualisme et du matérialisme²³. Cependant, la dimension relationnelle de l'intérêt ne doit pas être occultée ; cette valeur ne peut être appréciée que dans un rapport à l'autre, son contenu n'étant donc, dès l'origine, déterminable que par rapport au type de relations établies. Cette « assise minimale commune » s'exprime dans une logique relationnelle, dans un rapport entre l'individuel et le collectif, déjà présente dans le verbe latin « *interesse* ». Sa racine latine « *interesse* » ou « quod inter est » signifie « ce qui est entre », « ce qui est parmi », et accole à la notion d'intérêt une dimension relationnelle certaine en montrant que celle-ci ne relève pas exclusivement du registre de l'égoïsme. Cette dimension restaure au terme un rôle de lien entre l'individuel et le collectif, entre le public et le privé, entre le matériel et le moral.

L'intérêt commun²⁴ des parties implique que les deux parties aient intérêt à l'exécution de l'obligation de l'une d'elle. Ainsi lorsqu'un contrat prévoit l'exécution d'une prestation en

²² G. CORNU (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd, PUF/Quadrige, 2014, Vo Intérêt. V. égal. Pour la définition usuelle le Grand Dictionnaire encyclopédique Larousse, V^o Intérêt. L'intérêt, du latin « *interest* » signifiant « il importe », y est défini comme « ce qui importe, ce qui convient, ... ».

²³ M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Paris, 2004, p. 62.

²⁴ Philippe GRINON, « Le concept d'intérêt commun », in mélange Michel CABRILLAC, op. cit, p.127.

contrepartie d'une somme d'argent, il y a intérêt commun lorsque le créancier de la somme d'argent à un intérêt personnel à exécuter l'obligation dont il est débiteur, outre le paiement de son dû. On parle ainsi d'un mandat d'intérêt commun lorsqu'il est conclu à la fois dans l'intérêt du mandat et dans celui du mandataire²⁵ (tel que l'agent commercial²⁶) ou du contrat commun.

Certains contrats de distribution, tels que le contrat de franchise, sont considérés comme des contrats d'intérêt commun, la tête de réseau et le distributeur poursuivant l'objectif commun de développement du réseau, de sa notoriété et sa clientèle. Et le contrat d'intérêt commun signifie un « contrat conclu dans l'intérêt des deux parties »²⁷.

Au regard de l'étendue du domaine de la recherche qu'il nous est impossible de couvrir entièrement, nous nous devons de circonscrire notre champ de recherche. Nous travaillerons sur le contrat interne de droit commun, synallagmatique, et onéreux. Le sujet étant le contrat d'intérêt commun autrement dit la prise en compte de l'intérêt du partenaire contractuel. Ceci nous mène d'abord à exclure toutes les institutions extracontractuelles, telle la gestion d'affaire, les conventions bénévoles, ou l'obligation naturelle, qui sont pourtant des supports nets de la prise en compte de l'intérêt d'autrui dans le contrat d'intérêt commun. Ensuite nous allons mettre l'accent sur la théorie générale des obligations et des contrats spéciaux, puisque nous nous interrogeons sur la réalité de la notion rattachée au concept de contrat lui-même, et à titre exceptionnel concernant certains contrats spéciaux. Ceci ne nous empêchera pas d'avoir recours à certains exemples de droit comparé, ou tirés des contrats spéciaux, notamment le droit des affaires, le droit de la consommation et le droit du travail, souvent pour démontrer la particularité de notre hypothèse par rapport aux solutions qui y sont adoptées.

Eu égard à toutes ces considérations, nous serons amené à répondre la question de la spécificité du contrat d'intérêt commun. En termes autres, l'on s'interroge sur les particularités du contrat d'intérêts commun.

L'intérêt de la recherche se présente dans l'examen de la réalité de la notion dans le contrat synallagmatique et onéreux. En effet, si telle prise en compte est exclusivement rattachée à l'intention libérale ou la notion de gratuité, elle n'aurait aucune particularité, et partant aucun intérêt. L'enjeu se trouve justement dans l'examen de l'existence de celle-ci en dehors des

²⁵ Sur ce point A. ERUNET, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », *in* mélanges Alex WEILL, *op. cit.*, p.88.

²⁶ Art. 237 de l'AUDCG de l'OHADA.

²⁷ Loi 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, cité par Philippe GRIGNON, *in* mélanges Michel CABRILLAC ; on peut également, cité André BRUNET, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », études dédiées à Alex WEILL, *op. cit.*, p.88, dans cette étude l'auteur fait une assimilation entre contrat d'intérêt commun et mandat d'intérêt commun et il dit qu'un mandat est d'intérêt commun lorsqu'il est conclu à la fois dans l'intérêt du mandat et de celui du mandataire.

situations où l'intention libérale, ou la gratuité sont en jeu. Mais également, l'intérêt de cette recherche est la convergence d'intérêt des parties au contrat. Et cela se justifie par l'économie du temps, de l'argent et le risque sera amoindri du fait du concours de volonté réel et saine des parties. En plus les garanties de solidarité, de fraternité et d'entre-aide, le contrat d'intérêt commun garantie le respect scrupuleuse de la théorie des attentes légitimes, le débiteur est obligé dans la limite de ce qu'attendait le créancier, de ce à quoi il pouvait s'attendre raisonnablement la confiance faite par le créancier au débiteur²⁸

Nous nous intéresserons à toutes les phases de la vie du contrat, de sa formation à son extinction, en passant par son exécution, telle prise en compte n'étant pas liée à une phase précise de la vie contractuelle. Dans les contrats-organisation, la communauté des intérêts apparaît plus clairement ; il « prend sa source dans un concours de consentements poursuivant un objectif commun ». Il y a soit une mise en commun de moyens pour réduire les pertes de chaque partie en augmentant leur profit respectif, c'est la « mise en commun d'actifs spécifiques et complémentaires » qui imbrique les parties dans une situation de dépendance l'une vis-à-vis de l'autre en appelant une coopération entre elles ; soit une mise en commun pour la recherche d'un intérêt supérieur commun, soit effectivement recherche du même objectif. L'intérêt des deux parties est dans ce dernier cas le même.

En réponse à la problématique soulevée, il conviendra d'apprécier l'influence du contrat d'intérêt commun dans la théorie générale des contrats et obligations²⁹. L'émergence de nouveaux fondements du contrat et l'originalité de son contenu démontre la nature du contrat d'intérêt commun : un contrat sui generis d'une part (chapitre I), et force est de constater l'attention bienveillante réservé aux intérêts des parties au contrat et l'évolution nécessaire de la théorie classique des obligations et contrats justifient l'intérêt du particularisme du contrat d'intérêt commun d'autre part (chapitre II).

²⁸ V. P.S.A BAGJI, Pour un droit des affaires, quand une approche pluridisciplinaire du droit s'impose, l'Harmattan Sénégal, 2018, p. 272

²⁹ Qui a son siège dans COCC en droit positif Sénégalais.

Chapitre 1 : Le contrat d'intérêt commun : un contrat sui generis

La connotation sui generis³⁰ du contrat d'intérêt commun se justifie de par leurs nouveaux fondements contrairement à la théorie générale des contrats et obligations dont le fondement principal est la théorie de l'autonomie de la volonté³¹. Cette dernière, après avoir régné en maître au XIX^e siècle, au moins dans le domaine du contrat, elle aurait reculé sous le coup des critiques doctrinales qui lui ont été adressées au début du XX^e. C'est dans ce contexte et pour mettre fin, aussi, aux inégalités visées dans le domaine du contrat que la doctrine s'est échinée à trouver d'autres fondements au contrat³². La prise en compte de l'intérêt du cocontractant³³ dans les contrats dits d'intérêts communs est une notion difficile à cerner, elle pose donc, avant celle de son existence matérielle en droit des contrats, la difficulté de son existence sur le plan théorique. Une telle notion, se présente comme une dynamique relationnelle et altruiste³⁴ entre contractants, maintenant l'altérité de leurs intérêts. Elle appelle l'évolution de la théorie classique des contrats³⁵. On note aujourd'hui un florilège d'autres fondements du droit des contrats (section 1), donnant naissance à un large courant le solidarisme contractuel qui reste débattu, nous verrons que les caractéristiques essentielles du contrat d'intérêt commun justifient de rejeter ce fondement, et de retenir celui de fraternité. Toutefois, force est de reconnaître que ce nouveau type de contrat s'identifie par l'originalité de son contenu (section 2).

Section 1 : L'émergence de nouveaux fondements du contrat

La notion de « fondement » peut désigner deux choses différentes : d'une part, la norme supérieure au contrat justifiant la solution (par exemple le texte matériel disposant de telle solution juridique), et d'autre part les valeurs supérieures justifiant le contenu de cette norme supérieure. La remise en question de la théorie classique, qui prend sa source dans la philosophie libérale et individualiste, et trouve sa traduction dans le dogme de l'autonomie de la volonté³⁶, est une réalité

³⁰ On dit un contrat ou une situation juridique est sui generis, quand il n'est réductible à aucune catégorie préexistante ; il constitue alors, à lui seul, une espèce nouvelle.

³¹ Sur ce point S. LEBRETON, « L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes. Étude particulière aux contrats de distribution », 2002, p. 227.

³² Sur ce point, V. Ibrahima SECK, « Des quelques mutations du droit sénégalais des contrats de droit privé », *Annales africaines*, n° spécial, 2022, p.5

³³ Sur ce point Myriam MAHANNA soutenait qu'elle traduit un mouvement vers autrui. Prendre en compte, c'est tenir compte, avoir à l'esprit, s'intéresser, ou encore être attentif aux intérêts du partenaire contractuel. La notion introduit donc les idées de considération et de souci de la situation et de l'intérêt du partenaire contractuel. Penser aux intérêts du partenaire contractuel ? Cet énoncé nous renvoie certes aux thèmes de la solidarité, de l'altruisme, de l'entraide ou de la fraternité entre contractants. Thèse de doctorat soutenue le 13 décembre 2014 : « La prise en compte de l'intérêt du cocontractant » p.18

³⁴ Sur ce point, Max Weber, *Économie et société*, Tome I, Plon, Paris, 1971, p. 634 : « « Lorsque le marché est laissé à sa propre légalité, il n'a de considération que pour les choses, aucune pour les personnes ni pour les devoirs de fraternité ou pitié, aucun non plus pour les rapports humains originels, propres aux communautés personnelles ».

³⁵ Catherine THIBIERGE, « Libre propos sur la transformation du contrat », *RTD Civ.* 1997, op. cit, p. 359 et s.

³⁶ Pour la remise en question de celle-ci, E. GOUNOT, « Le principe d'autonomie de la volonté », contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, éd. A. Rousseau Editeur, Paris, 1912. Pour « l'inexactitude historique

incontournable aujourd'hui. Celle-ci n'est pas nouvelle, elle remonte au tournant du siècle dernier³⁷ où le développement industriel ainsi que celui des grandes villes, fait prendre conscience de la profondeur des inégalités sociales. Dans la réalité, la conception classique du contrat ne se tient donc plus³⁸.

Le contrat se transforme d'un lieu perçu comme terrain d'affrontement de deux volontés libres et égales, à un lieu où la liberté devrait être limitée ou encadrée³⁹, les intérêts équilibrés, ou même, un lieu de coopération entre les parties. Ainsi soulignait un auteur « la liberté contractuelle ne doit pas, ou plus se résumer à vouloir s'engager ; elle doit être accouplée avec pleine conscience de devoir agir ou de s'abstenir, mais en se comportant en toute loyauté non seulement à l'égard de celui avec lequel on contracte (...), elle-même admise lors des négociations entre potentiels contractants »⁴⁰. Le constat est donc aujourd'hui, celui d'une évolution de la théorie classique des obligations et du contrat. Toute la doctrine s'y est attelée, et les fondements les plus divers ont été avancés pour donner assise à l'évolution du contrat. La liberté se voit concurrencer par d'autres valeurs au sein du contrat. La plus notoire est la solidarité⁴¹ (paragraphe 1), qui a donné naissance

de l'idée » (Ph. Stoffel-MUNCK, « Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain », *PUAM*, 1994, p. 38 et s, n° 39 et s.), V. notamment X. MARTIN, *Nature humaine et Code Napoléon*, Revue Droits, 1985, p. 117 s ; L'insensibilité des auteurs du code civil à l'altruisme, *Rev. hist. dr. fr. et étranger* 1982, p. 589 ; C. JAMIN, « Réseaux intégrés de distribution : De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP* 1996, I, 3959, spéc. ; Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil, p. 902 ; J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? » op. cit., spéc. p. 102

³⁷Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse. Quel contrat pour demain ? », in *La nouvelle crise du contrat*, C. JAMIN et D. MAZEAUD (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 243, spéc. p. 244 : « La vraie crise, la grande, la crise fondamentale est ailleurs, Et elle n'est pas nouvelle non plus. Il y a beau temps que le contrat se trouve écartelé entre une philosophie libérale, individualiste et une autre, d'inspiration sociale ou si l'on veut solidariste. Disons, pour passer de la philosophie au droit, entre une conception volontariste, qui privilégie le respect des volontés réelles ou supposées, et une conception commutative, qui privilégie l'équilibre du contrat. SALEILLES, DEMOGUE et bien d'autres partisans de la deuxième conception constataient déjà l'existence de ce clivage il y a cent ans ».

³⁸ Sur ce point D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., spéc. p. 609 : « cette vision individualiste et égoïste du rapport contractuel perd peu à peu du terrain » ; Constats sur le contrat, sa vie, son droit, *LPA* 6 mai 1998, p. 8 ; Ph. Stoffel-MUNCK, « Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain », op. cit., spéc. p. 36 ; C. JAMIN, « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in *La nouvelle crise du contrat*, C. JAMIN et D. MAZEAUD (sous la dir. de), Dalloz, Paris, 2003, p. 7, spéc. p. 8).

³⁹ Dans ce sens F. TERRE, *Introduction générale au droit*, précis Dalloz, 9e éd., 2012, p. 74 : Le code civil « a fait (...) de la liberté contractuelle un dogme trop absolu, laissant ainsi s'établir, dans le commerce des hommes, une concurrence sans frein et la primauté du seul intérêt matériel, ce qui risque d'aboutir à l'écrasement du faible par le fort. L'égalité de droit, qui était reconnue, aboutissait souvent à l'inégalité de fait ». V. égal. C. JAMIN, « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », op. cit., spéc. p. 8 : « Les individus sont pris dans un réseau de relations qui ne permet plus de penser le droit en termes purement individualistes. Il n'est plus possible de limiter sa fonction à la seule recherche d'une harmonie des libertés ».

⁴⁰ I. Y. NDIAYE, « Leçon inaugurale : Le COCC, cinquante ans après (regard furtif) », in *Colloque* (dir. I. Y. NDIAYE et Autres) *sur le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, vol.1, 2018, p. 31.

⁴¹ R. DEMOGUE affirme : « Le contrat n'est pas une chose respectable en elle-même, parce qu'elle est un accord de volontés. On reviendra du fétichisme de la volonté individuelle qui a encombré le droit civil au XIXe siècle. Le contrat est respectable en fonction de la solidarité humaine » (Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, *RTD civ.* 1907, p. 245, spéc. p. 246).

dans son sillage au solidarisme contractuel⁴², doctrine essentiellement élaborée à partir des idées du solidarisme social, et initiée en droit contractuel par DEMOGUE. Outre le solidarisme contractuel un autre principe qui aujourd'hui est dans ces heures de règne n'est plus à démontrer, la fraternité (paragraphe2).

Paragraphe 1 : Le principe du solidarisme : fondement du contrat d'intérêt commun

Le solidarisme contractuel est l'œuvre de DEMOGUE⁴³. Il s'agit d'une doctrine qui place les vulnérabilités respectives des individus au centre du débat contractuel. Elle prend le contre-pied de la philosophie libérale en soutenant que dans une relation contractuelle, chacune des parties œuvre pour la satisfaction des attentes légitimes de l'autre. Les vulnérabilités respectives des parties au contrat ne peuvent être ignorées. Nul ne doit utiliser les faiblesses de l'autre pour tirer injustement un avantage quelconque de la relation contractuelle.

L'option du solidarisme contractuel en faveur de la conciliation des intérêts des contractants (A), le solidarisme contractuel : nécessaire lisibilité du lien obligationnel (B).

A. Le solidarisme contractuel : un facteur de conciliation des intérêts des contractants

Entendu comme l'union des contractants en vue d'atteindre un but commun, le solidarisme contractuel implique un certain altruisme de l'un, qui doit prendre en considération, voire en charge, les intérêts de l'autre, lui consentant au besoin quelques sacrifices d'où sa notion (1) et le réplique qu'il joue au déséquilibre contractuel (2).

1. La notion de solidarisme contractuel

La doctrine classique établit un lien entre l'esprit de solidarité et l'*affectio societatis*, lui-même relié à l'intérêt commun. MM. Ripert et ROBLOT soutiennent en effet que l'*affectio societatis* caractéristique du contrat de société⁴⁴ impose aux associés de « présenter au contrat non comme des adversaires discutant leurs intérêts, mais comme des collaborateurs, des partenaires animés

⁴² J. CEDRAS, « Liberté, égalité, contrat. Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation, Rapport 2003 », p. 215 ; A.-S. C. OURDIER-Cuisinier, Le solidarisme contractuel, préface E. Lorquin, Litec, Éd. du Jurisclasseur, Paris, 2006 ; L. GRYNBAUM et M. NICOD (sous la dir. de), Le solidarisme contractuel, *Économica*, Paris, 2004 ; C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », op. cit. ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit. ; « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », in Mélanges Jean HAUSER, Lexis Nexis Dalloz, Paris, 2012, p. 905 ; C. THIBIERGE, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTD. civ.* 1997, p. 357.

⁴³ Philippe RÉMY, « La genèse du solidarisme », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Id., 3 et 8.

⁴⁴ Article 4 AUSCGIE « la société commerciale est créé par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, ou en industrie dans le but de partager les bénéfices ou de profiter de l'économie qui peut en résulter.

Les associées s'engagent à contribuer aux pertes dans les cas prévus par le présent acte uniforme.

La société commerciale est créée dans l'intérêt commun des associées ».

d'un esprit de Solidarité. Dans sa présentation de la structure matérielle du solidarisme contractuel, COURDIER-cuisinier affirme d'abord l'existence d'un lien de solidarité entre les cocontractants. Cette solidarité est consubstantielle au contrat, en ce sens que les parties qui s'engagent acceptent d'œuvrer à la réalisation des attentes légitimes de chacune d'entre elles. Le contrat est alors perçu comme un moyen d'atteindre l'épanouissement juridique individuel par la satisfaction que nous procurons à l'autre partie en lui permettant de réaliser ses objectifs⁴⁵.

Le deuxième critère matériel de définition du solidarisme contractuel est la conciliation des Intérêts⁴⁶. Elle obéit à deux principes : les principes de proportionnalité et de cohérence, qui interviennent au niveau de la conception du contenu obligationnel. À l'étape de l'exécution et de l'extinction du contrat, ces principes se transforment en devoirs de proportionnalité et de cohérence. COURDIER soutient qu'en ce qui concerne la protection de l'équilibre, le solidarisme contractuel va plus loin que la vision libérale du contrat, en ce qu'il permet l'arrivée de deux autres devoirs : le devoir de tolérance vis-à-vis du contractant qui éprouve des difficultés à exécuter ses prestations contractuelles, et celui d'adaptation du contrat soumis au changement de circonstances qui lui sont extérieures. De plus cette penchée solidariste est implicitement recherché dans le code des obligations civiles et commerciales si on fait la glose des articles 530 et suivant relatif au contrat de prêt⁴⁷. Il s'agit d'un ensemble de mesures de collaboration qui permettent de concevoir et de préserver l'équilibre contractuel.

A cet effet, DEMOGUE estime que :

Les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union. Le créancier quant à la prestation qu'il doit recevoir n'est pas seulement créancier, il peut aussi être un collaborateur et avoir un devoir de collaboration.

Il ajoute : L'état d'obligé peut-il être considéré comme exceptionnel ?

⁴⁵ A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc, note 15, n° 151, p. 86.

⁴⁶ La loi du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, art. 1 : « toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité est tenue préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause ».

⁴⁷ Art 530 du COCC : « l'emprunteur est tenu de veiller à la garde et à la conservation de la chose prêtée. Il supporte les frais ordinaires d'entretien et doit, notamment, nourrir les animaux prêtés » ; art 534 : « le prêteur est responsable du dommage causé par les vices non apparents de la chose qu'il connaissait et qu'il n'a pas révélés à l'emprunteur lors de la conclusion du contrat ».

Les civilistes le disent volontiers. D'après eux l'état de liberté est l'état naturel de l'homme. Cette idée qui rappelle inconsciemment l'état de nature de Rousseau et place comme idéal que chacun en société soit aussi libre qu'auparavant dans le prétendu état de nature, est tout à fait inexacte. L'état naturel en société est la solidarité, la liberté peut simplement être considérée comme souhaitable dans une certaine mesure. L'obligation acte libre doit être consacrée comme instrument nécessaire de la coopération sociale. Toujours selon DEMOGUE :

La base de l'énergie créatrice de la volonté ne peut donc être ni dans ce fait de la réunion de plusieurs volontés, ni dans ce fait que le but a été rationnellement voulu, ni davantage dans la correction interne de l'engagement venant d'une liberté exempte de dol ou d'erreur et d'une personne capable. Il faut encore sonder la base se trouve dans le côté à la fois social et individuel de la volonté : dans la satisfaction qu'elle donne à l'individu si elle se réalise, dans la nécessité que cette volonté manifestée donne la sécurité aux tiers et enfin dans l'espoir que la volonté s'étant normalement développée est d'accord avec le développement des intérêts généraux⁴⁸.

2. Le solidarisme : une réplique au déséquilibre contractuel

Dans toute cette entreprise de DEMOGUE, force est de relever son désaccord avec la conception volontariste du contrat. DEMOGUE soutient qu'il est bien difficile de prétendre accorder l'autonomie de la volonté une valeur coercitive, un caractère de décision contractuelle ayant force exécutoire. L'analyse exégétique du Code civil qui est jusque-là pratiquée ne suffit plus à rendre compte de la réalité sociale. Il faut donc reconnaître à la jurisprudence un travail d'interprétation qui est basé sur la réalité concrète des faits.

Ces prises de position de DEMOGUE s'inscrivent en droite ligne de ce qu'annonçait déjà SALEILLES à propos des règles d'interprétation des contrats. Selon ce dernier, la recherche de la volonté commune des parties en cas de divergence de points de vue est une pure illusion. Il exprime sa pensée en ces termes : « Aussi (...) est-ce d'après le but social de ce procédé de solidarité juridique, et non d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent part, que le contrat doit être interprété et appliqué »⁴⁹.

Le solidarisme contractuel définie comme une juste répartition des charges et des profits contractuels, cette notion donne un contenu précis à celle d'équilibre contractuel. Elle rend aussi compte de l'utilité des principes de proportionnalité et de cohérence. Pour concilier les intérêts, le contenu du contrat doit effectivement répondre aux exigences posées par ces deux principes.

⁴⁸ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris, Rousseau, 1931, p. 9 et s.

⁴⁹ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, Pichon, 1901, p.

229, cité par Christophe JAMIN, « Le solidarisme contractuel. Un regard franco-québécois », Montréal, Thémis, 2005, p. 14.

D'ailleurs l'idée de solidarisme on le voit de manière constante dans les contrats de distributions, au rang desquels, le contrat de commission que André BRUNET qualifié d'un contrat « fait dans l'intérêt des parties »⁵⁰. En effet, Lors de la phase d'exécution du contrat, les effets du solidarisme contractuel décrivent et justifient largement les devoirs comportementaux que le droit positif impose aux contractants. En premier lieu, le lien de solidarité fonde les devoirs de coopération et de cohérence visant soit la période d'exécution du contrat soit sa rupture. En second lieu, les effets du respect par les parties de la conciliation des intérêts rendent compte de la tendance récente du droit positif à préserver l'équilibre contractuel et à sauver le contrat. Ils vont cependant au-delà de ce dernier et permettent de renforcer d'une manière structurée cette tendance dans deux situations, en cas de difficultés d'exécution et en cas d'inexécution. Par ailleurs, Il faut faire remarquer que l'empreinte de la solidarité contractuelle a toujours existé en droit sénégalais. L'encadrement du processus contractuel en est une illustration. Le cadre juridique des pourparlers, les conditions de validité du contrat et les règles d'exécution et de rupture du contrat. Mais comme nous l'avons dit, la solidarité prend de l'ampleur.

Une interprétation de certains textes de droit commun en atteste l'existence. Il en est ainsi des textes du COCC qui font allusion à la bonne foi ou à la loyauté ou même d'équité. Notamment l'article 103 du COCC⁵¹ et l'article 237 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général. On peut citer entre autres le régime juridique du contrat de prêt, du contrat de dépôt et celui du contrat de mandat, voir la deuxième partie du COCC sur les contrats spéciaux.

En tant que nouveau fondement de la théorie générale du contrat, le solidarisme contractuel offre donc au juriste une nouvelle manière d'appréhender le mécanisme contractuel et le droit positif des contrats et obligations.

B. Le solidarisme contractuel : nécessaire lisibilité du lien obligationnel

La lisibilité du contrat ou des relations obligationnelles se traduit en termes d'aptitude à comprendre les agissements du cocontractant, d'accéder à l'intelligibilité de son propos, de ses agissements, ou encore de saisir discursivement le sens ou la finalité de son action.

Ceci étant dit qu'une collaboration entre les parties sera une exigence (1), comme la moralité comportementale également (2).

⁵⁰ V sur ce point André BRUNET, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », études dédiées à Alex WEILL, op. cit, p. 91.

⁵¹ Art 103 alinéa 1 du COCC « En l'absence de volonté exprimée, le contrat oblige à toutes les suites que la loi, les usages, la bonne foi ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature.

1. L'exigence d'une collaboration

Procurer la lisibilité à autrui est le fait de lui permettre d'accéder à la compréhension de nos agissements.⁵²Le concept de lisibilité est alors la faculté pour les parties de comprendre les tenants et les aboutissants de leur engagement, d'avoir une lecture adéquate du contrat, de contracter en bonne connaissance de cause ou d'avoir une compréhension partagée du rapport d'intérêts qui associe concrètement les attentes légitimes de toutes les parties. Elle suppose l'instauration d'un réel dialogue, qui conduit la partie en position de force à interroger la subjectivité de celle en situation de vulnérabilité. La lisibilité traduit alors la conciliation des intérêts respectifs des parties au lien obligationnel. Cette conciliation des intérêts suppose la satisfaction de devoirs positifs comportementaux⁵³. Ces derniers se traduisent le plus souvent par l'accomplissement des obligations de faire même si d'autres obligations peuvent être épice de d'un contrat de nature d'intérêt commun. Les obligations de faire sont issues de la classification des obligations d'après leur objet qu'on retrouve dans beaucoup de manuels contemporains de droit des obligations⁵⁴.

La coopération contractuelle que réclamait DEMOGUE⁵⁵ représente la faculté pour chaque contractant d'agir interactivement avec l'autre, de fonctionner de manière intelligible. L'obligation de coopération exige un niveau de normativité contractuelle relevé, irréductible à de simples obligations de ne pas faire, des obligations négatives qui consistent à faire de l'abstention la condition de l'équilibre obligationnel. L'exigence de collaboration élève la relation obligationnelle au niveau des obligations positives qui conduisent, non plus uniquement à respecter les attentes légitimes d'autrui en assurant la coexistence pacifique des intérêts, mais à rechercher leur réalisation par le moyen de la conciliation.

Dans cette logique de collaboration de coopération d'entraide un auteur a pu prendre position en ces termes : « Parce qu'elle découle de la recherche concertée d'une efficacité sans cesse accrue, l'obligation de collaboration inscrit la normativité contractuelle dans un registre clairement supérieur à celui auquel la théorie néoclassique du contrat se réfère en invoquant les obligations générales de bonne foi ou de *fair dealing* dans la formation et l'exécution du contrat. Il ne suffit plus que les parties s'abstiennent d'une conduite préjudiciable à l'autre ou agissent conformément aux standards communément admis. Il leur incombe d'agir avec perspicacité et non seulement

⁵² Voir sur ce point Ghislain TABI Article, « Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel : du volontarisme au solidarisme, P 95.

⁵³ Ghislain TABI Article, « Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel : du volontarisme au solidarisme, P. 96.

⁵⁴ Article 6 du COCC du Sénégal « Le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire doit exécuter complètement son obligation. A défaut, il est tenu à réparation. Le juge peut en outre ordonner la destruction de ce qui aura été fait contrairement à l'obligation ».

⁵⁵ R. DEMOGUE, préc, note 22, p. 9.

avec honnêteté, d'innover sans se contenter du rendement habituel, de promouvoir l'intérêt de l'autre sans se limiter au simple respect de ses droits, de travailler dans le sens du profit commun à long terme sans s'arrêter à un calcul du coût-bénéfice immédiat, d'entrer dans un rapport d'attachement mutuel où l'investissement requis des partenaires ne trouve plus de limite légitime dans l'invocation de l'indépendance juridique ou de l'autonomie organisationnelle⁵⁶. Parmi les contrats où on sous-tend une coopération, une collaboration, on peut mentionner le contrat d'informatique⁵⁷. En effet, lorsqu'un client acquiert du matériel informatique, il bénéficie d'une assistance du professionnel qui lui notifie régulièrement les mises à jour disponibles en lui montrant toutes les conséquences possibles de l'acceptation ou du refus par lui de leur exécution. Le consommateur de matériel informatique et le professionnel entretiennent alors une relation de collaboration à une œuvre commune, le contrat informatique qui les lie. Cet engagement du professionnel auprès de son client vise à faciliter la lisibilité de l'utilisation de son arsenal informatique, à lui assurer une jouissance durable qui puisse satisfaire au mieux ses attentes contractuelles.

Par ailleurs le contrat de franchise⁵⁸ exige une coopération entre les parties. Il s'agit d'un lien obligationnel établi entre un créancier, le franchiseur, et un débiteur, le franchisé. Le franchiseur qui se spécialise dans un domaine d'activités économiques précises procède au développement et à l'épanouissement de son entreprise par la mise à contribution de structures affiliées. Celles-ci s'engagent à exploiter leur commerce sous son label. Dans leur fonctionnement, ces structures sont tenues de respecter la politique commerciale définie par le franchiseur. Ainsi, les franchisés ne pourront faire leurs achats de marchandises et passer leurs commandes que dans la centrale de distribution tenue par celui-ci. Les prix de vente à la centrale d'achat et au niveau des franchises sont définis par le franchiseur, sous réserve d'une marge de manœuvre qui peut être reconnue aux franchisés dans le cadre de la vente finale de leurs produits aux clients. Le franchisé qui réussit à attirer le maximum de clientèle possible travaille dans l'optique d'une œuvre contractuelle commune. Il déploie tous ses efforts pour le succès de l'entreprise et s'investit rigoureusement à attirer, entretenir et fidéliser cette clientèle sous le nom commercial du franchiseur. Il met à contribution toute cette énergie dans l'optique d'atteindre le niveau de rendement, de chiffre

⁵⁶ Jean-Guy BELLEY, « Théories et pratiques du contrat relationnel : les obligations de collaboration et d'harmonisation normative », dans *La pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics, Conférences Meredith 1998-1999 tenues à l'université McGill le 12 mars 1999*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 137, 144.

⁵⁷ Article, « Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel : du volontarisme au solidarisme ? Ghislain TABI TABI.P.97

⁵⁸ Cass. Com., 20 nov. 1979 : Bull. civ. 1979, IV, n° 298 ; Cass. 3^e civ., 27 mars 2002 disponible <http://www.legifrance.gouv.fr> consultez le 25/06/2023

d'affaires ou de bénéfice fixé par le franchiseur⁵⁹. À l'inverse, le franchiseur est tenu d'apporter au franchisé l'assistance technique nécessaire et de prendre toutes les mesures appropriées qui peuvent lui permettre de poursuivre de manière efficiente l'exploitation de sa franchise. Il devra alors tout mettre en œuvre pour le maintien de l'équilibre contractuel⁶⁰. Il doit notamment s'abstenir de se cantonner sur l'équilibre initial du contrat et entrer dans la dynamique de l'évolution de la relation.

2. L'exigence d'une moralité comportementale

Cette évolution doit s'arrimer à la situation du marché, aux transformations des circonstances ou du milieu dans lequel la franchise est active. Toute attitude visant à porter préjudice aux attentes légitimes de l'une des parties doit être sanctionnée⁶¹. Cette collaboration s'impose dans les contrats de dépendance. Les parties se sont engagées dans des relations obligationnelles de longue durée. Il convient de remarquer ici que de tels contrats qui s'installent dans le temps ne sauraient obéir de bout en bout à l'autonomie initiale de la volonté. Par l'incomplétude du contrat qui peut être soit du fait des parties, soit totalement des circonstances indépendantes de leur volonté, l'obligation de coopérer à la réalisation des attentes légitimes de chaque contractant s'impose. Chacune des parties a misé sur l'issue heureuse du rapport d'obligations. Il serait par conséquent illogique de rester figé sur la conception statique de l'autonomie de la volonté avec ses principes d'intangibilité, d'irrévocabilité et de force obligatoire du contrat qui de par leur rigidité peine à enfermer les parties dans un contrat en ferrique. Un auteur affirme dans ce sens :

Par ailleurs, La volonté demeure la base du contrat⁶², mais une volonté soumise au droit social. C'est dans ce sens que MACNEIL soutiens : « à l'encontre du paradigme classique, et malgré les efforts néoclassiques pour l'adapter tant soit peu à la réalité des contrats relationnels, on ne peut plus et on ne doit plus considérer l'échange des consentements et des promesses comme la source privilégiée, encore moins unique, de la projection dans le futur à laquelle se ramène fondamentalement le contrat. Sa théorie veut rendre compte pleinement de la normativité contractuelle, implicite autant qu'explicite, interne à la relation des parties ou provenant de l'environnement social ». À l'analyse, il ressort que les parties au lien obligationnel doivent asseoir la légitimité de leur entente par le biais du dialogue qui favorise l'intercompréhension. La légitimité commune recherchée du contrat recommande que nous cessions de raisonner en « dogmaticiens », car une autonomie de la volonté conçue de façade sera rétive à la force obligatoire

⁵⁹ V. Ghislain TABI, « Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel : du volontarisme au solidarisme », P. 98.

⁶⁰ A. BRUNET, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », étude dédiée à Alex WEILL, p. 95.

⁶¹ <http://www.actualitesdudroit.fr> consulté le 25/06/2023

⁶² V. J. CARBONNIER., *Droit civil, Les obligations*, tome IV, éd. PUF, Paris, 2000, n° 114.

du contrat. L'univers contractuel, en vertu du lien de solidarité, devrait faire plus cas des devoirs positifs comportementaux. Ainsi, à partir des obligations de coopération, de conseil et autre mise en garde, de dialogue, parvenir à l'établissement des relations contractuelles inégalitaires. On comprend alors ces écrits d'EDWALD : « Le succès des doctrines de la solidarité tient à ce qu'elles (...) montraient comment la liberté pouvait générer une obligation positive de faire, et qui la préserve. Mieux encore, que cette obligation n'était pas seulement compatible avec la liberté, mais qu'elle était aussi sa condition. Cela supposait une transformation⁶³ de la manière dont on posait le problème, c'est-à-dire une mutation épistémologique⁶⁴. Celle même que marque l'avènement du schéma de la solidarité ».

La solidarité contractuelle qui a comme soubassement la bonne foi et la loyauté prône la restauration de l'idéal de justice contractuelle. Ainsi, dans le contrat, l'on passe d'adversaires à partenaires contractuels⁶⁵. Il a été même défendu la naissance d'une nouvelle catégorie de contrat à savoir les contrats relationnels⁶⁶, les contrats de situations⁶⁷, dont les premiers peuvent être définis sous la plume de C. THIBIERGE, comme un contrat destiné à « organiser une relation économique durable entre des agents juridiquement autonomes » et les seconds, Ils peuvent être ainsi considérés comme des contrats déterminants et nécessaires relativement à la performance d'une entreprise car ils engagent la vie de celle-ci. Il s'agit en réalité de contrats durables⁶⁸.

Entendu comme l'union des contractants en vue d'atteindre un but commun, le solidarisme contractuel implique un certain altruisme de l'un, qui doit prendre en considération, voire en charge, les intérêts de l'autre, lui consentant au besoin quelques sacrifices. Sous ce prisme, le solidarisme implique en quelque sorte une fraternité contractuelle qui voudrait que chacun des contractants soit « tenu de prendre en compte, par-delà son propre intérêt, l'intérêt du contrat et celui de l'autre partie, en se déployant à leur service, voire en acceptant certains sacrifices, afin de favoriser la conclusion, l'exécution et le maintien du contrat compris comme la base d'une collaboration », de la réalisation d'un objectif commun, d'une union des intérêts.

⁶³ V. C. THIBIERGE, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.* 1997, p. 357 et s.

⁶⁴ V. M. Ibrahima SECK, Article, « Des quelques mutations du droit sénégalais des contrats de droit privé », p. 7.

⁶⁵ V. M. CABRILLAC, « *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale* », Mélanges G. MARTY, op. cit., p. 235 ; Par M. Ibrahima SECK, « Des quelques mutations du droit sénégalais des contrats de droit privé ». P.39

⁶⁶ V. C. BOISMAIN, « *Les contrats relationnels* », Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 12 et s.

⁶⁷ V. Ibrahima SECK, « *Réflexions sur le cadre juridique des contrats de situation en droit sénégalais* », *Annales africaines*, p 2

⁶⁸ V. M. Ibrahima SECK, « *Réflexions sur le cadre juridique des contrats de situation en droit sénégalais* », op.cit, p.3

Paragraphe 2 : le principe de la fraternité : fondement du contrat d'intérêt commun

Avec la révolution, la dimension unificatrice de la fraternité sera mise en exergue puisqu'elle semble avoir été employée comme « conjuration des menaces de divisions ». En effet, la fraternité se situe à l'opposé de l'individualité, et participe du dépassement de l'égoïsme⁶⁹. La fraternité participe donc de ce comportement de dépassement de soi, de dépassement de l'individualisme pour faire l'espace à l'Autre et prendre en compte son point de vue, son intérêt, sa situation⁷⁰.

Puisqu'elle assure donc le maintien du lien à autrui, elle ne tolère point la passivité devant une situation de détresse ou d'exclusion sous quelque forme que ce soit - notamment sociale ou économique - de ceux qu'elles considèrent comme frères⁷¹. Sa vocation à maintenir le lien entre la communauté des frères est ainsi mise en avant, et elle apparaît compatible pour forger des comportements qui « manifestent amitié et collaboration »⁷².

Mme COURDIER-Cuisinier voit dans ce sens que « quel que soit la matière, la fraternité est donc entendue comme un principe et une situation. En tant que principe, elle doit inspirer le législateur et le constituant..... En tant que situation, elle désigne les rapports d'amitié, d'entraide et d'altruisme,...»⁷³

D'autres fondements ont été avancés pour rendre compte, en droit contractuel, de nouveaux mécanismes de contracter, à savoir la bonne foi ou le solidarisme contractuel.

Le principe de fraternité permet de dépasser l'hypertrophie de la notion de bonne foi d'une part (A), et les insuffisances du solidarisme contractuel d'autre part (B).

A. Le principe de la fraternité : un moyen de dépassement de l'hypertrophie de la notion de bonne foi

L'expression « bonne foi⁷⁴ », qui traduit littéralement la *bona fides* romaine, est parfois concurrencée par d'autres vocables tels que « la loyauté ». Ainsi a-t-on pu considérer que les principes directeurs envisagés traduisaient la nouvelle devise contractuelle : liberté, sécurité,

⁶⁹V. sur ce point M. OZOUF, « Rien ne dit mieux la contestation du moi personnel que cette disposition, qui manifeste l'antécédence de la fraternité sur toute volonté individuelle » *op. cit.*, p. 174 :

⁷⁰ V. sur ce point C. HAROCHE, « La compassion comme amour social et politique de l'autre au XVIIIème », *op. cit.*, p. 11 : « L'invocation de la fraternité, la condamnation de l'égoïsme renvoient fondamentalement à la question de l'amour du semblable, et au problème de la compassion (...) cette capacité de souffrir avec autrui, cette sensibilité à la souffrance d'autrui ».

⁷¹ Myriam MEHANNA sur « La prise en compte de l'intérêt du cocontractant », thèse de Doctorat, p.75

⁷² D. RAKOTONDRABAO, *Rapport de synthèse. Le principe de fraternité dans les Constitutions (Définition de la Cour constitutionnelle de Moldavie)*, spéc. p. 660. « Inclusion (...), coopération (...), empathie » (*eod. loc. (Définition de la Cour suprême du Canada)*), spéc. p. 663) sont donc au cœur du concept de fraternité, dans son versant relationnel.

⁷³A.-S. COURDIER-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.*, p. 85.

⁷⁴ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? ». p.606.

loyauté. À Rome, la bonne foi résultait de l'inadaptation du formalisme et de l'évolution de la procédure⁷⁵. Son admission n'était pas non plus étrangère (1) à l'influence grandissante de la notion philosophique de morale (2).

1. La bonne foi : une norme de comportement

À son apparition, la bonne foi faisait ainsi figure de substitut de la sécurité et de la garantie d'exécution précédemment assurées par les formes. Autrement dit, elle permettait d'assouplir les rigueurs d'un système juridique. Et, on le verra, cette vertu n'a pas cessé. Ensuite, si l'on s'en tient au vocable « bonne foi », le singulier du sujet fait problème. En effet, l'expression est polysémique et son usage, par-delà le droit des contrats, signale une pluralité d'acceptions. Ainsi, la bonne foi visée dans l'usucapion ou dans le cadre du mariage putatif renvoie à l'ignorance légitime d'un fait : c'est une bonne foi⁷⁶ statique, qui vise simplement à protéger l'ignorant dès lors que cette ignorance n'est pas fautive. L'ignorant bénéficiera d'une prime à la bonne foi.

Il existe aussi une autre acception, plus dynamique celle-là : être de bonne foi, c'est respecter l'esprit du contrat, ne pas se borner à sa lettre. Cela implique non un comportement passif mais une éventuelle collaboration, voire une entraide entre parties.

Il ne s'agit plus alors de donner une prime à la bonne foi mais de sanctionner seulement la mauvaise foi, en quoi le sujet recoupe alors la sanction de l'abus des prérogatives contractuelles ou l'abus de comportement. Enfin, et les deux sont évidemment liés, c'est aussi un pluriel qui devrait s'imposer lorsqu'on considère la pluralité des rôles de la bonne foi en droit des contrats. Il s'agit en effet d'une obligation de comportement qui s'ajoute à l'obligation économique visée par les parties, comme le suggère nettement la lecture de l'article 1135 du Code civil, et comme l'a très bien démontré le professeur *ANCEL* dans son article, *Force obligatoire et contenu obligation du contrat*. Le contrat comporte non seulement des obligations spécifiques mais aussi des devoirs de comportement qui préexistent au contrat.

La formule a tout aujourd'hui d'une antienne, répétée notamment dans les divers commentaires du dispositif de lutte contre le surendettement, qui assure une prime à la bonne foi du débiteur contractuel, lui permettant même, le cas échéant, de se décharger du fardeau de sa dette au nom d'une justice plus sociale que contractuelle⁷⁷.

D'autre part, la thèse du solidarisme contractuel, inspirée de la vision organiciste du microcosme contractuel chère *DEMOGUE*, cherche à renforcer les rôles de la bonne foi, mais elle fait débat

⁷⁵ www.village-justice.com/articles/_bonne-foi-loyauté-droit_des_contrats,23007_.html. François Campagnola, consultez le 25/06/2023.

⁷⁶ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », p.613.

⁷⁷ *Ripert* le soulignait dès 1936 dans son célèbre article fustigeant l'avènement d'un « *droit de ne pas payer ses dettes* ».

pour au moins deux raisons. Premièrement, la Cour de cassation ne l'accueille pas ouvertement, rappelant régulièrement qu'un créancier contractuel, même de mauvaise foi, demeure créancier. Deuxièmement, les frontières de la bonne foi sont sujettes à des hésitations jurisprudentielles et doctrinales : n'est qu'une « obligation contractuelle » ou bien faut-il y voir un devoir de comportement irrigant les rapports des parties avant comme après le contrat, et sanctionnée à ce titre comme une faute délictuelle. Sur le fondement de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, la jurisprudence a multiplié les applications de l'exigence d'exécution de bonne foi en sanctionnant les parties de mauvaise volonté tout en prenant garde de bien circonscrire ses effets.

La notion de bonne foi a connu et connaît un très grand rayonnement, en droit interne ou international⁷⁸, ainsi que dans les différents pans du droit. Elle a donc stimulé un nombre important d'obligations, de normes de comportements qui traversent le contrat de sa formation à son extinction ou même après. La notion de bonne foi a connu et connaît un très grand rayonnement, en droit interne ou international, ainsi que dans les différents pans du droit. Elle a donc stimulé un nombre important d'obligations, de normes de comportements qui traversent le contrat de sa formation à son extinction ou même après. Ainsi un auteur a pu souligner dans ce sens que le contrat est avant tout « un partenariat, une coopération, une collaboration, voire une association de deux volontés orientées vers une fin »⁷⁹. Certains font relever du principe de bonne foi les obligations de comportement exigeantes dénotant un certain altruisme. Ils « développent, au nom de la bonne foi, une morale contractuelle autrement plus exigeante et dynamique (...) [imposant] un certain dépassement contractuel qui s'exprimerait par des devoirs de solidarité et de fraternité à la charge des contractants »⁸⁰. Et s'agissant de la prise en compte de l'intérêt de son partenaire contractuel, la bonne foi suffirait-elle à rendre compte de tout le phénomène, à en constituer le support juridique, sans recours au principe d'inspiration premier, à savoir celui de fraternité ? En d'autres termes, la bonne foi rendrait-elle le principe de fraternité superflu et inutile ?

Oui la bonne foi est le support de nombreuses obligations, répondant le plus souvent à l'exigence de moralisation des rapports contractuels, mais elle ne suffit pas à rendre compte de tous les comportements ou exigences auxquels le juge ou le législateur incitent les contractants. « La jurisprudence et surtout la doctrine ont étendu la bonne foi à des domaines qu'elle n'avait pas les

⁷⁸ Article 237 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général dispose : « la vente commerciale est soumise est soumise aux règles de droit commun des contrats et de la vente qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent livre. Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de bonne foi. Elles peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée ».

⁷⁹ I. Y. NDIAYE, « *Leçon inaugurale : Le COCC, cinquante ans après (regard furtif)* », in Colloque (dir. I. Y. NDIAYE et Autres) *sur le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, vol.1, 2018, p. 33

⁸⁰ D. Mazeaud, « *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle* », in Mélanges François Terré, PUF Dalloz éd. Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 603, spéc. p. 617.

moyens de conquérir ». Plusieurs raisons nous incitent à affirmer que c'est la fraternité qui constitue le fondement de la bonne foi qui n'est qu'une manifestation de la prise en compte, et pas le contraire. D'abord, la bonne foi est une notion inhérente au contrat, et est une règle matérielle du droit des contrats, figurant à l'article 1134 alinéa 3 du code civil. Elle ne peut donc rendre compte de certaines législations participant de la logique de solidarité ou de non exclusion, telle la législation sur le surendettement des particuliers par exemple, ou de certaines dispositions du droit des contrats participant de la même logique, telles celles sur le délai de grâce ou la remise de dettes. Le forçage et l'extension de la notion ne peut aller jusqu'à en faire le fondement de ces techniques ou institutions contractuelles dont dispose le Code civil dans des articles spécifiques de l'alinéa 3 de l'article 1134.

2. La fraternité une vue d'esprit

La bonne foi est donc impuissante⁸¹ à rendre compte de tout le phénomène de prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Seule la fraternité œuvrant comme principe premier, comme valeur supérieure, est capable de rendre compte de cette dynamique, se manifestant par des techniques juridiques différentes, non seulement inhérentes au contrat. Relevons dans ce sens l'opinion de Mme Catherine THIBIERGE, qui soutient que le « cadre de la fraternité présente en outre le mérite d'être plus large que celui de la bonne foi, souvent utilisée pour fédérer les obligations qualitatives qui incombent aux parties ; (...) ; l'exigence de bonne foi, sauf à être étirée jusqu'à la déformation, ne suffit ni à justifier les obligations de conseil, d'assistance, de collaboration et de coopération, ni à fonder les facilités accordées au débiteur, sous la forme de réduction de taux d'intérêt ou de délais de grâce. La fraternité contractuelle, en revanche, constitue un cadre assez large pour les englober et les justifier ». En effet, Nous verrons que le même grief pourrait être avancé à l'égard du solidarisme contractuel, la solidarité étant présentée comme une donnée inhérente au contrat, puisqu'elle est déduite de l'interdépendance de la prise en charge réciproque de l'intérêt contractuel d'une partie par l'autre. Ensuite, l'attribution au fondement de la bonne foi de tous les comportements nouveaux auxquels le législateur ou le juge tentent de former les contractants entrave la réelle évolution de la théorie générale, parce que ceci provient d'une volonté de renfermer toute innovation dans ce qui existe déjà, refusant d'aller à la recherche de nouveaux principes fondant cette évolution⁸². Et dans ce sens sous la plume de M. Collart DUTILEULL, il affirme qu'« à trop vouloir expliquer les nouveaux devoirs des contractants par

⁸¹ Myriam MEHANNA, La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, thèse de doctorat, p.107.

⁸² Myriam MEHANNA, La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, thèse de doctorat, op. cit, p.107.

la référence obligée à un article 1134⁸³ qui ne dit pas la moitié de ce qu'on lui fait dire, on en dénature le sens, on bride l'évolution du droit des contrats et on maintient ce dernier dans une conception d'autonomie qui procède de celle, pourtant abandonnée, de la volonté individuelle (...)

Il y a du droit pour les contrats en dehors du droit des contrats, dans ce que sont le droit commun ou les principes généraux du droit, c'est-à-dire dans ce qu'on peut appeler la Loi commune ».

À défaut de considérer la fraternité comme l'un de ces principes généraux du droit applicable au contrat, tel que nous le verrons lors de l'étude de la qualification du concept de fraternité, nous pensons cependant qu'elle est un principe qui conserve un rôle à jouer en droit des contrats. Elle évite l'hypertrophie de la notion de bonne foi qui « fait un peu figure de technique attrape-tout », et l'anéantissement en définitive de celle-ci par l'éclatement de son unité.

La fraternité évite aussi un autre écueil ; celui des insuffisances du solidarisme contractuel.

B. Le principe de la fraternité : un moyen de dépassement des insuffisances du solidarisme contractuel

Avec dynamique relationnelle, altruisme, et altérité de base des intérêts, le contrat d'intérêt commun se caractérise donc par une théorie pure. Quant à sa réalité théorique en droit des contrats, elle est fondée sur un principe de fraternité. Il constitue d'abord son support conceptuel, à l'exclusion de la solidarité dont il se distingue (1), son contenu correspondant au triple dynamique délimitant la théorie pure de la notion. Il est ensuite son fondement réel, permettant de dépasser les limites de ses fondements concurrents : la bonne foi ou le solidarisme contractuel (2).

1. Un remède à l'illusion du solidarisme contractuel

Le caractère moral⁸⁴ du solidarisme contractuel invitant la doctrine à ne plus regarder le contrat comme un lieu de lutte entre intérêts égoïstes mais plutôt comme instaurant une communauté d'intérêts entre contractants, et inspirant des exigences à côté de celle de justice, de « civisme contractuel »⁸⁵ civisme qui « se traduit, pour chaque contractant, par la prise en considération et par le respect de l'intérêt légitime de son cocontractant »⁸⁶, de loyauté, de solidarité, d'altruisme, et de fraternité⁸⁷ même.

⁸³ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in mélanges François TERRE, p. 619 ; Cass. Ass. Plén., 1 décembre 1995.

⁸⁴ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », *op. cit.*

⁸⁵ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », *op. cit.*, spéc. p. 612 ; *Solidarisme contractuel et réalisation du contrat*, *op. cit.*, spéc. p. 58 ; obs. sous Cass. com., 15

⁸⁶ D. MAZEAUD, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », *op. cit.*, spéc. p. 58.

⁸⁷ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », *op. cit.*

Le solidarisme contractuel se présenterait donc comme le concurrent le plus sérieux⁸⁸ pour constituer le fondement à la prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Cependant, des écueils majeurs sont à mettre en avant, écueils que le concept de fraternité permet de surmonter.

La fraternité certes, est aussi fortement liée à la notion de société comme nous avons pu le noter, mais elle n'a nullement besoin, théoriquement, du support premier organisationnel de « société »⁸⁹ où serait constatée la loi d'interdépendance des intérêts. Elle a vocation à s'appliquer en société, mais il lui suffit pour jouer un rapport donc une altérité, sans imbrication originelle des intérêts, puisqu'elle est essentiellement une qualité de rapport. Elle participe sûrement d'une certaine conception du monde, de la société et des rapports qui devraient y régner mais elle n'est pas consubstantiellement liée à l'existence préalable d'un système interdépendant d'intérêts. Nous avons vu que pour certains, elle est même un idéal vers lequel les rapports en société devraient tendre, donc son existence préalable et originelle n'est pas une condition.

Pour M. MIGNOT, « l'échange marchand est un acte égoïste et repose, en principe, sur un antagonisme d'intérêts, alors que la communauté est fondée sur l'altruisme et sur la fusion des intérêts moraux et patrimoniaux des membres de celle-ci »⁹⁰. La communauté ne serait pour lui qu'une communauté d'être, et est exclusivement fondée sur l'altruisme et la fusion des intérêts. Et non le contrat, il ne crée aucune communauté susceptible de donner naissance à la solidarité ». C'est ce qui justifie la prise de position de Myriam MAHANNA qui soutient que « le glissement entre la communauté d'intérêt et la communauté est critiquable, nous ne pensons guère que le contrat donne exclusivement naissance à une communauté d'avoir, et qu'il faudrait le regarder exclusivement sous ce prisme »⁹¹. L'altruisme, la coopération, le rapprochement entre les intérêts peuvent très bien être conçu comme objectifs vers lesquels tendent les rapports. Et d'ailleurs sous la plume de M. MIGNOT on note la solidarité, et est critiqué pour son caractère exagérément « utopique ou angélique (...) ou sa méconnaissance de la nature réelle du contrat, notamment son caractère conflictuel »⁹², d'autres soutiennent que les solutions rattachées à celui-ci n'ont aucun rapport avec l'altruisme, et se placent beaucoup plus du côté de l'utilité économique.

Cette ambiguïté s'explique par le deuxième fondement conceptuel du solidarisme contractuel qui est l'union d'intérêt. Ce fondement peut aussi être dépassé grâce au concept de fraternité.

⁸⁸ Myriam MEHANNA, *La prise en compte de l'intérêt du cocontractant*, thèse de doctorant, op. cit, p.110.

⁸⁹ Myriam MEHANNA, *La prise en compte de l'intérêt du cocontractant*, thèse de doctorat, p.113.

⁹⁰ M. MIGNOT, *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité*, op. cit., spéc. p. 2170.

⁹¹ Myriam MAHANNA, *La prise en compte de l'intérêt du cocontractant*, thèse de Doctorant, p.115

⁹² M. MIGNOT, « *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité* », op. cit., spéc. p. 2158.

A s'en tenir sur les écrits de DEMOGUE : le contrat « (...) est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union »⁹³. Pour lui, le contrat fonde donc nécessairement une union d'intérêts. Cette notion est un des préceptes fondateurs du solidarisme contractuel⁹⁴. Pour celle-ci, « le contrat repose sur une union, voire une fusion, des intérêts des contractants, qui explique que chacun doive prendre en compte ou respecter l'intérêt de l'autre ».

Or, d'une part, l'union des intérêts est contredite par la réalité dans la plupart des contrats, de l'autre, cette union d'intérêt contredit la solidarité-altruisme.

2. Un principe substituant le solidarisme contractuel

La notion de fraternité porte en elle-même une dimension d'altruisme qui ne découle d'aucune notion d'union d'intérêts ou de communauté d'intérêt. Elle nécessite au contraire une altérité pour exister, et se renforce plus le degré d'altérité des intérêts est fort. Son rapport avec la communauté ou l'identité d'intérêts est inversement proportionnel.

Non seulement la fraternité ne dépend pas de l'union des intérêts mais, au contraire, elle est plus nettement révélée en cas de divergence des intérêts, ne pouvant être confondue avec un *acte* entrepris dans son intérêt personnel imbriqué ou identique à l'intérêt du cocontractant⁹⁵.

Le principe de fraternité paraît donc beaucoup plus adéquat à fonder le contrat d'intérêt commun, pour que chaque contractant tienne compte de l'intérêt de l'autre. Où le solidarisme prône une union dans l'identité des intérêts par la notion de « communauté d'intérêts » qu'il tente de généraliser la rendant inhérente à tout contrat, nous prôtons une union dans la distinction : seule la fraternité est capable de renfermer ces dynamiques diverses de « prise en compte de l'intérêt du cocontractant » à côté de la recherche de l'intérêt personnel qui demeure le moteur du contrat.

Ainsi la fraternité ne place pas l'altruisme ou la solidarité comme essence du contrat, ce dernier demeurant en premier lieu une technique au service de la réalisation d'un intérêt égoïste. La fraternité joue comme principe inspirateur d'une certaine qualité de comportement entre contractants, en parallèle à la réalisation de l'objet du contrat et à la recherche de l'intérêt personnel qui en demeurent les fondements. Elle permet de rendre compte du constat de cette mouvance incitant les parties, au sein de leurs relations antagonistes, à la prise en compte de

⁹³ R. Demogue, *Traité des obligations en général. Vol. 2, effets des obligations, op. cit.*, p. 9.

⁹⁴ M. MIGNOT, « De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité », *op. cit.*, spéc. p. 2154

⁹⁵ Myriam MAHANNA, *La prise en compte de l'intérêt du cocontractant*, thèse de doctorant, p.123.

l'intérêt du cocontractant. Elle se présente comme un plus fidèle fondement et rend compte du phénomène sans le détour, artificiel et déformateur du contrat, de la notion d'union des intérêts⁹⁶. Le concept de fraternité permet ainsi de dépasser les insuffisances des fondements concurrents dans les contrats d'intérêt commun ou l'intérêt du cocontractant est pris en compte. Il permet d'abord de dépasser l'hypertrophie de la bonne foi, et ensuite, les écueils du solidarisme contractuel, à savoir les notions de contrat microcosme avec l'analogie artificielle entre le contrat et la société, et l'union des intérêts avec la confusion qu'elle introduit entre les logiques de solidarité et d'utilité. Celui-ci se présente en définitive comme le fondement adéquat du contrat d'intérêt commun.

Section 2 : L'originalité du contenu du contrat d'intérêt commun

La vision classique du contrat, est une vision optimiste des contractants perçus comme libres, abstraitement égaux, et parfaitement en mesure de défendre le mieux leurs intérêts respectifs⁹⁷. Les transformations socio-économiques et la réalité pratique, vont conduire, depuis, à la remise en question de la théorie classique de l'autonomie de volonté, avec la limitation notamment du principe de liberté contractuelle, pilier de celle-ci. Cette limitation se matérialise en partie par l'incitation à la prise en compte de l'intérêt du cocontractant. En effet, une première série de manifestations de cette dernière se présentent comme autant de tempéraments à la liberté contractuelle⁹⁸. Cette prise en compte intervient tantôt sous la forme d'une norme positive de comportement que les contractants doivent adopter par l'effritement de la théorie de l'autonomie de la volonté (Paragraphe 1) qui se justifie par la prédominance de la bonne foi et de la loyauté dans les relations contractuelles (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'effritement de la théorie de l'autonomie de la volonté

La philosophie des Lumières professe que chaque homme est fondamentalement libre⁹⁹. Dans ces conditions, c'est la volonté individuelle qui peut être la source essentielle de toute obligation. Poser que l'homme est obligé uniquement parce qu'il l'a voulu, et dans la mesure où il l'a voulu, c'est encore respecter sa liberté¹⁰⁰. Dans cette conception, le contrat devient la source du droit par excellence. Source de droit par excellence en ce qu'il respecte la liberté des individus, le contrat

⁹⁶ Myriam MAHANNA, La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, thèse de doctorant, p.124.

⁹⁷ V. sur ce point C. JAMIN, « *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel* », in Mélanges Jacques GHESTIN, LGDJ, Paris, 2001, p. 441 ; D. MAZEAUD, « *Le nouvel ordre contractuel* », RDC 2003, p. 295 : le droit des contrats, « produit de la philosophie individualiste et du libéralisme économique, qui imprégnaient le Code civil, (...) reposait jadis sur une utopie. Celle de contractants qui, en toute liberté et indépendance, et sur un pied d'égalité, nouaient un lien contractuel marqué du double sceau de l'irrévocabilité et de l'intangibilité ».

⁹⁸ Art 42 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal de 1967.

⁹⁹ J- Pierre CHAZAL, « *L'autonomie de la volonté et la « libre recherche scientifique* », RDC, 2004/3, p. 621.

¹⁰⁰ J-Louis CORREA, cours de droit des obligations, p. 21

l'est aussi en ce qu'il permet d'établir les rapports individuels les plus justes et socialement les plus utiles. Plusieurs corollaires juridiques découlent de la théorie de l'autonomie de la volonté.

- Le principe de la liberté contractuelle : les relations contractuelles entre individus doivent être abandonnées à leur libre volonté et le législateur ne doit intervenir que le moins possible.¹⁰¹.

- Le principe du consensualisme : la volonté d'une personne suffit à l'engager. Le contrat est valable du seul échange des consentements sans qu'aucune condition de forme ne soit exigée¹⁰².

- Le principe de la force obligatoire des contrats : un individu qui s'est librement engagé ne peut se délier de cet engagement ; ce principe se traduit : « Le contrat légalement formé crée entre les parties un lien irrévocable »¹⁰³.

- Le principe de l'effet relatif des contrats : seul celui qui a manifesté sa volonté de s'engager dans un contrat est lié par ce contrat¹⁰⁴. Compte tenu de toutes ces considérations, le principe de l'autonomie de la volonté est effrité par la nécessité de restaurer la justice contractuelle qui a été rompu par le fondement classique des contrats et obligations (A) et le développement de l'ordre public de protection et économique (B).

A. La restauration de la justice contractuelle

Alfred FOUILLÉE affirmait « qui dit contractuel dit juste »¹⁰⁵. En effet, il a toujours été dit, qu'on n'était jamais mieux servi que par soi-même et si on donne aux parties la liberté de choisir son cocontractant de déterminer le contenu de leur contrat, Fouillé estimait qu'il n'y a rien de plus juste que ce mécanisme qui découle de l'autonomie de la volonté. En vertu de ce principe de l'équilibre, le contrat, dans sa formation et dans son exécution, doit respecter un équilibre entre les prestations et un équilibre entre les droits et les obligations des parties et entre les clauses¹⁰⁶. Cette relecture autorise également une souplesse plus importante des principes subséquents, la liberté contractuelle se relativisant et la force obligatoire¹⁰⁷ devenant moins rigide.

Face à cette remise en cause, de nouveaux concepts semblent utiles pour expliquer le contrat et le régime, puisque la volonté a perdu son rôle d'idée directrice exclusive.

Pour qu'un concept puisse émerger, un environnement capable de le recevoir doit exister : il doit pouvoir s'intégrer tout en permettant à l'ensemble du système de conserver sa cohérence ou son

¹⁰¹ Art 42 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal de 1967.

¹⁰² Art 41 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal de 1967.

¹⁰³ Art 96 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal de 1967.

¹⁰⁴ Art 110 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal de 1967.

¹⁰⁵ La relation contractuelle doit être juste et équilibrée, une proportionnalité des rapports contractuels.

¹⁰⁶ Sur ce point J CALAIS AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », *RTD, civ.* 1994, p. 239.

¹⁰⁷ Art 1134 du code civil « Le contrat légalement formé tiennent lieu de loi q ceux qui les ont faites », Art 96 du COCC du Sénégal « Le contrat légalement formé crée un lien irrévocable entre les parties ».

unité. Il semble que les conditions soient désormais réunies pour deux raisons. La première repose sur la remise en cause de l'autonomie de la volonté par la doctrine majoritaire qui considère ce concept comme utopique (1). De nouveaux fondements sont donc proposés, notamment la justice contractuelle. Cette relecture de la théorie générale des contrats autorise désormais l'émergence de nouvelles idées directrices comme l'équilibre contractuel. De plus, une autre conséquence apparaît. Ces nouveaux fondements permettent une nouvelle lecture des principes subséquents en leur donnant une plus grande souplesse et une relativité qu'ils ne possédaient pas auparavant (2).

1. La remise en cause de la théorie de l'autonomie de la volonté

Ainsi comme dans de nombreux pays, l'autonomie de la volonté fait l'objet d'un certain nombre de critiques depuis plusieurs années. Notamment sa place dans la théorie générale des contrats et obligations comme fondement exclusif de la force obligatoire apparaît remise en cause par la doctrine majoritaire.

En outre, il convient de rappeler ces critiques portées à l'encontre de l'autonomie de volonté ; « Dire que la volonté est autonome, c'est admettre que la volonté des contractants crée, à elle seule le contrat et tous les effets qui en découlent ».

Ce principe permet de fonder le contrat, ainsi que l'ensemble du droit des contrats et obligations. Ce concept a permis de concilier l'engagement et la liberté : l'homme reste libre parce qu'il a voulu se soumettre. La volonté est souveraine car elle est présumée rationnelle. L'autonomie de la volonté apparaît avant tout comme un principe philosophique avant d'être un principe juridique. Même si l'origine de cette expression suscite un débat, l'œuvre de Kant lui donne une assise philosophique. Dans les conventions, le débiteur est obligé parce qu'il l'a voulu, qu'il a consenti à aliéner une partie de sa liberté au profit de son cocontractant. Quant au contenu du contrat, les parties déterminent librement leurs droits et obligations. Recourant à une expression kantienne¹⁰⁸ mal comprise et dévoyée, la doctrine parle d'« autonomie de la volonté » pour désigner à la fois le fondement de la force obligatoire des conventions et le principe de leur intangibilité.

La convention est la chose des parties¹⁰⁹, la justice contractuelle, leur affaire ; à l'instar de la loi du législateur, la loi du contrat est nécessairement juste ou irréfragablement présumée comme telle. Il s'agit d'une forme de justice qui, sur la base des catégories aristotéliciennes, est corrective ou commutative¹¹⁰.

¹⁰⁸ Sur ce point voire J-Pascal CHAZAL, « La justice contractuelle », op. cit, p. 3.

¹⁰⁹ Art 110 du COCC du Sénégal, de 1967.

¹¹⁰ Sur ce point V. ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, V, 1132b 13-21; V, 1133a 25 ss. La définition d'un principe en termes de justice corrective ou distributive n'est pas absolue et il est tout à fait possible qu'une même règle puisse être considérée comme la traduction des deux formes de justice. Ainsi, les considérations qui suivent doivent être prises comme de simples propositions interprétatives. Pour une étude complète des difficultés de tracer une ligne

Par ailleurs, si cette justice est parée rompu ou inexistante, une nécessaire correction de cette dernière est de plus en plus sollicitée par la doctrine, mais aussi par le juge qui est l'acteur principale de cette œuvre. L'expérience a montré que les conventions sont parfois des instruments d'exploitation des faibles, des sources d'injustices que le législateur est incapable d'appréhender dans leur totalité et leur diversité.

2. L'émergence de nouveaux fondements en droit des contrats

Au XX^e s. le juge a joué un rôle déterminant et actif en pénétrant, de son seul chef, dans la loi contractuelle afin de l'enrichir de nouvelles obligations (sécurité, information, conseil, loyauté, coopération, renégociation, maintien de l'équilibre contractuel etc.) ou de l'amputer de certaines stipulations (clauses abusives). Techniquement, de nombreux concepts ont été avancés ou utilisés pour fonder ces interventions du juge : l'interprétation créatrice, l'équité, la bonne foi, la cause, l'abus de droit, le contrat d'adhésion, la violence économique, la lésion qualifiée, etc. Mais l'essentiel est de s'intéresser aux théories du contrat qui ont été avancées pour expliquer que la justice contractuelle transcende la volonté des contractants. Et un standard de comportement, l'équité, très usité a été mis en œuvre pour bien assoir la justice contractuelle. Ceci étant dit que l'équité est un terme polysémique. Il est entendu ici comme synonyme d'égalité, de juste milieu (*aequus* : égalité proportionnelle, justice). Dans le contrat, l'équité signifie que chaque partie doit recevoir l'équivalent de ce qu'elle transmet, cette égalité étant, dans la philosophie d'Aristote, à la base de l'échange. Ainsi, les juristes romains, qui ont traduit (*sunallagma*) par (*contractus*), ont maintenu l'impératif de justice dans les échanges en conférant au juge, dans les contrats donnant naissance à une action de bonne foi, le pouvoir de statuer selon ce qui est équitable et bon (*ex aequo et bono*). Certes, la justice consiste, pour le juge, à suivre la volonté des parties incarnée dans la loi privée qu'elles ont voulu se donner, mais cette liberté n'est pas sans borne, elle ne saurait conduire à l'injustice. Cette philosophie du contrat a été recueillie par la plupart des auteurs de l'Ancien droit et des juristes naturalistes, (notamment Domat, mais aussi Grotius, Pufendorf, Pothier) pour qui la liberté contractuelle a pour limite l'équité et les bonnes mœurs. Et dans ce sens Portalis, ne dit pas autre chose : « *la liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique* »¹¹¹. Rien d'étonnant donc à ce que le code civil réserve une place de choix à l'équité dans les conventions en disposant qu'elles obligent non seulement à ce qui est exprimé mais aussi à toutes les suites que l'équité donne à l'obligation

claire entre la justice corrective et la justice distributive, v. J. M. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980.

¹¹¹ Portalis, dans le Discours préliminaire sur le projet de code civil.

d'après sa nature¹¹². Même l'article 1134, fortement inspiré par Domat, est imprégné de justice contractuelle. Non seulement son alinéa 3 rappelle que tous les contrats sont de bonne foi (ce qui revient à doter le juge de larges pouvoirs d'équité), mais surtout le mot loi, dans l'expression de l'al. 3 « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »¹¹³, renvoie à la notion de règle, de juste mesure, de *recta ratio*. Suivant la tradition aristotélothomiste, la loi du contrat, tout comme la loi générale, n'oblige pas lorsqu'elle est injuste ; car ce n'est alors plus une loi mais une corruption de loi. Ainsi, « le contrat n'est obligatoire que s'il est juste » (GHESTIN). Selon cette conception du contrat, le juge, incarnation de la justice vivante, n'est pas un auxiliaire servile de la convention des parties ; s'il doit suivre par principe cette règle privée, il est fondé à la modifier ou à ne pas en tenir compte si son application conduisait à une solution manifestement injuste. C'est notamment le cas lorsque le contrat révèle un déséquilibre entre les droits et obligations réciproques qui trouve sa cause efficiente dans un abus de puissance économique commis au détriment du contractant en situation de faiblesse. Ce pouvoir judiciaire de réfaction du contrat se concrétise ou bien en une éradication de certaines stipulations abusives, ou bien en la création d'obligations à la charge de la partie dominante. Force est de constater que la justice contractuelle a toujours été une préoccupation de la doctrine même dans la conception classique du contrat avec les concept de justice distributive et commutative ou on note fondamentalement une place réservé à ce fameux principe de l'autonomie de la volonté qui n'a pas été exemptée de critique à plus forte raison avec l'évolution du droit des contrats et des obligations notamment avec l'ordonnance de 2016 en France ou on note de profonde mutation, transformation, changement du droit des contrats et par changement, sous la plume de Philippe MALAURIE « le contrat a changé, mais il est resté le contrat. Ce qui fait le contrat dans sa vie évolutive, c'est qu'il continue à être le même, dans sa diversité et à travers les changements. Il y a ainsi continuité dans la discontinuité »¹¹⁴ et le développement des nouveaux types de contrats en l'occurrence les contrats d'intérêt commun l'objet de cette présente étude.

En marge des remèdes de l'autonomie de la volonté dans les contrats d'intérêt commun, le développement de l'ordre public illustre également son déclin.

B. Le développement de l'ordre public de protection et économique

Certes la remise en cause de la théorie de l'autonomie de la volonté est fondamentalement mise au point par le développement de l'ordre public de protection (1), mais il n'a demeure pas moins le seul entrave, l'ordre public économique (2) occupe une place de choix.

¹¹²Art 1135, code civil français.

¹¹³ Art 1134, code civil français.

¹¹⁴V. Ph. MALAURIE, « Mutations du droit des contrats », *Petites Affiches*, 2008, p. 4.

1. Le développement de l'ordre public de protection

« Libre 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 »¹¹⁵. En effet, cela signifie que contracter, ce n'est pas seulement vouloir, c'est aussi employer un instrument forgé par le droit¹¹⁶; l'accord de volontés ne produit des effets de droit que parce que le droit objectif lui reconnaît un tel pouvoir et dans les limites définies par celui-ci. Et l'on sait la multiplication de ces limites, au gré du développement de l'ordre public¹¹⁷. Le contrat, pour déployer valablement et efficacement ses effets doit donc se plier aux contraintes de tous ordres qui émanent de l'ordre juridique. Ce dernier peut en imposer la conclusion, en façonner ou en modifier le contenu, voire favoriser sa disparition¹¹⁸.

Soumis à l'ordre juridique, le contrat n'y rayonne pas moins de manière croissante : évoquer le rayonnement du contrat, c'est s'attacher à son effet, à la fois obligatoire et relatif, voire d'opposabilité à divers degrés. Par, ailleurs la distinction de l'ordre public de protection et de l'ordre public de direction est le plus souvent invoquée par la doctrine et la jurisprudence lorsqu'il s'agit de déterminer si un contrat contrevenant à une règle impérative doit être frappé de nullité relative ou absolue.

Inventée par la doctrine française au 20^e siècle, puis importée par la doctrine québécoise, cette distinction est consacrée par le *Code civil du Québec* dans les dispositions se rapportant à la nullité du contrat¹¹⁹. L'« ordre public de protection¹²⁰ » est très généralement présenté comme une sous-catégorie à l'intérieur de l'ensemble plus vaste que constitue l'ordre public économique : c'est que « l'on peut distinguer un ordre public économique qui a pour but de rétablir dans le contrat l'égalité d'avantages et de sacrifices que n'assurait pas le régime de liberté.... Et un ordre public économique qui comprend des mesures édictées dans l'intérêt général..., pour une meilleure organisation de l'économie »¹²¹.

¹¹⁵ Art 42 du COCC, du Sénégal, de 1967.

¹¹⁶ V. C. THIBIERGE, « Libres propos sur les transformations du droit des contrats », op. cit., pp.357 et suivant.

¹¹⁷ Une disposition est dite d'ordre public lorsqu'on ne peut pas y déroger, prenons l'exemple de l'article 14 du COCC « il doit être passé devant notaire ou sous signature privées de toute convention dont l'objet excède 20 000 », CA le 07 décembre 1984, contrairement aux dispositions supplétives que les parties peuvent y déroger sauf si la loi dispose autrement.

¹¹⁸ V. C. THIBIERGE, « Libres propos sur les transformations du droit des contrats », op. cit., pp.357 et suivant.

¹¹⁹ V. Michelle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », p.17 et suivant.

¹²⁰ La loi 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile, la loi du 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, la loi 78-23 du 10 janvier 1978 relative à la protection et l'information des consommateurs de produits et services.

¹²¹ Cité par Gérard COUTURIER, L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, ces formules sont empruntées à M. FARJAT, L'ordre public économique, p.18, lui-même les empruntées à M. FLOUR, L'évolution du droit des contrats depuis le code civil, cours de droit civil approfondi, Dijon 1942-1943.

La Loi sur la protection du consommateur constituerait, quant à elle, l'archétype d'une loi relevant de l'ordre public de protection. En effet, la violation de ses dispositions donne ouverture à un recours en nullité relative¹²².

2. Le développement de l'ordre public économique

L'ordre public économique et social a connu un développement fulgurant au cours du 20^e siècle¹²³. Il s'agit essentiellement d'un ordre public textuel, prenant sa source dans une masse imposante de lois et règlements. La majorité des lois étudiées dans le cadre de notre recherche se retrouvent dans cet ensemble, même si nous n'avons retenu que celles affectant l'équilibre interne du contrat. Il convient également de souligner que les lois relevant de l'ordre public économique et social sont le plus souvent le fruit d'un arbitrage entre les intérêts plus ou moins divergents des groupes concernés, arbitrage qui se déroule sous l'égide de l'État, tout en pouvant prendre plusieurs formes¹²⁴. Par ailleurs l'ordre public intervient également en matière d'abus, dans l'hypothèse des clauses interdites¹²⁵ pour remettre les parties à l'état quo ante. En effet, l'approche de la notion est loin de faire l'unanimité et, dès l'origine, deux conceptions extrêmes de l'abus ont été avancées, la première « individualiste, restrictive, à laquelle on attache habituellement le nom de Ripert, mais dont on trouve une première expression chez SALEILLES, lequel définit l'abus comme un « *acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit* » (...). À l'opposé la conception, présentée comme « socialisante » initiée par Josserand (...) attribue aux droits une certaine fonction sociale, l'abus étant constitué par le détournement de cette fonction, de cette finalité, de cet esprit »¹²⁶. Certaines variantes de ces deux dernières sont aussi à relever. Certains auteurs font la distinction entre approches subjective et objective de l'abus de droit. Dans l'approche subjective « il y a abus lorsque le titulaire d'un droit se place, par son agissement, au-delà de l'espace de souveraineté qui lui est octroyé. Il agit sans droit mais ce constat doit être établi par le biais de l'abus parce que, se prévalant d'un droit, notre agent entend faire bénéficier son agissement de l'immunité que confère tout droit. (...) En cas d'abus objectif, son auteur demeure dans son droit mais il en a fait un usage

¹²² Cité par Michelle CUMYN, Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité, p. 19, pour Nicole L'HEUREUX, la partie de la loi sur les pratiques de commerce relève à la fois de l'ordre public de protection et de l'ordre public de direction, parce qu'elle « vise non seulement la protection d'une catégorie de personnes, mais également l'imposition d'une certaine conception de l'intérêt général » : Nicole L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 39.

¹²³ Sur ce point Georges RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », dans *Mélanges Gény*, 1934, p. 374. Gérard FARJAT a ensuite consacré à l'étude de l'ordre public économique sa thèse de doctorat, demeurée célèbre : Gérard FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, L.G.D.J., 1963.

¹²⁴ Sur ce point Michelle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité » op. cit, p. 28.

¹²⁵ V. le décret 78-464 du 24 mars 1978.

¹²⁶ P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *JCPE* 1998, I, p. 30,

contraire à celui qu'il pouvait en faire (...) »¹²⁷. Et la jurisprudence semblerait pencher aujourd'hui, dans la plupart des cas, vers l'appréciation de l'abus au regard du comportement du contractant, lors de l'exercice par ce dernier d'une prérogative ou d'un droit contractuel¹²⁸.

En marge de l'effritement de la théorie de l'autonomie de la volonté nous notons la prédominance de la bonne foi et de la loyauté dans les relations contractuelles.

Paragraphe 2 : la prédominance de la bonne foi et de la loyauté dans les relations contractuelles

Le principe de la liberté contractuelle a été relativisé vigoureusement par la bonne foi qui est une norme comportementale (A) et la loyauté (B) qui sont tous considérés comme des standards que le juge peut faire usage et impose aux parties une telle conduite pour assurer un égal traitement de l'une envers l'autre.

A. La prédominance de la bonne foi dans les relations contractuelles

La bonne foi occupe une place de choix quant à la tendance de moralisation des rapports contractuels, en réaction aux excès de l'individualisme et de l'égoïsme dans la conception classique du contrat¹²⁹. La bonne foi est une norme de conduite contractuelle (1) et qui ces fonctions sont multiples en droit des contrats (2).

1. La bonne foi : une norme de conduite contractuelle

Prévue à l'alinéa 3 de l'article 1134 du code civil, la bonne foi permettait à plusieurs obligations de répondre à des exigences morales semblent en découler, de sorte que l'on peut dire que la bonne foi est aujourd'hui un puissant instrument dont la jurisprudence s'est servie pour introduire certaines exigences morales dans le contrat, et qui n'en a pas fini de lui constituer un support pour la réalisation de cet objectif. Et l'article 103 du COCC prévoit : « 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.

Si toute autre interprétation se révèle impossible, les stipulations du contrat sont réputées faites en faveur de de celui qui s'oblige ».

En effet, la bonne foi inscrite dans le code civil est une notion qui remonte au droit romain qui a directement inspiré les rédacteurs du code. Or la qualification en droit romain de « contrats de

¹²⁷ Sur ce point Myriam MEHANNA, La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, thèse de doctorat, op.cit, p. 255, décembre 2014.

¹²⁸ Cass. ass. plén., 1 déc. 1995

¹²⁹ V. I. Y. NDIAYE, « *Leçon inaugurale : Le COCC, cinquante ans après (regard furtif)* », in Colloque (dir. I. Y. NDIAYE et Autres) sur le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après, vol.1, 2018, p. 13 ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « *Libres propos sur la transformation du droit des contrats* », p. 359 ; V. J. CARBONNIER., *Droit civil, Les obligations*, tome IV, éd. PUF, Paris, 2000.

bonne foi » désigne simplement les contrats qui s'opposent aux « contrats de droit strict », c'est-à-dire ceux dont le sens peut être déterminé au-delà de la lettre du contrat¹³⁰, par le biais de l'interprétation du juge dans les limites de la bonne foi¹³¹. Le code civil dans son alinéa 3 affirme simplement que tous les contrats deviennent des contrats de bonne foi. Et l'article 237 de l'AUDCG dispose : « la vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats et de la vente qui ne sont pas contraire aux dispositions du présent livre.

Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elles ne peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée ». En effet, le législateur OHADA à travers cette disposition a eu l'occasion de faire la bonne foi un principe directeur dans la vente commerciale et ses fonctions qui peuvent en découler.

2. Les fonctions de la bonne foi

La fonction première de la bonne foi a donc été de permettre la libéralisation du formalisme strict du droit romain puisque, dans son sens premier, « la bonne foi c'est l'obligation (...) de ne pas s'en tenir à la lettre du contrat »¹³². D'autres lectures de la bonne foi ont été faites par certains auteurs. La bonne foi sera perçue par certains comme une norme interprétative.

D'autres verront dans la bonne foi une conception plus morale, un guide des comportements¹³³. C'est d'ailleurs cette dernière conception de la bonne foi comme norme de comportement qui prévaudra¹³⁴. En effet, « la doctrine contemporaine majoritaire considère effectivement la bonne foi comme « *une notion purement morale* », devenue une règle juridique ». Ainsi on peut noter simplement qu'au sujet de la bonne foi, la triple fonction au service de « la moralisation, (...) la sécurité juridique et (...) l'efficacité économique du contrat »¹³⁵. Dans son sens premier, la bonne foi remplace la forme comme outil de la sécurité contractuelle et permet donc de se libérer du formalisme. Dans son second sens, la bonne foi norme interprétative permet de tirer toute son efficacité de l'exécution du contrat. Enfin, la bonne foi norme de comportement, permet la

¹³⁰ V. sur ce sens premier de la bonne foi, O. Anselme-Martin, *Étude critique du devoir d'exécuter de bonne foi*, 1997, p. 17.

¹³¹ V. Maryam MAHANNA, La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, thèse de doctorant, 2014, op. cit, p.150.

¹³² Dans ce sens aussi M. MEKKI, « *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », LGDJ, Paris, 2004, no 1228, p. 774 : « Historiquement, (...) le déclin de la forme en droit romain, a été compensé par l'essor de la *fides* pour restaurer une certaine dose de stabilité et de prévisibilité dans les rapports contractuels ».

¹³³ V. G. CORNU, La bonne foi n'est plus une exigence psychologique du sujet (croyance) « mais la référence à une valeur qui lui est extérieure et supérieure : référence à une règle morale de comportement (...) », *Regards sur le titre III du livre III du code civil*, éd. Les Cours de droit, Paris, 1976, p. 214.

¹³⁴ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit..

¹³⁵ M. MEKKI, « *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », op. cit., p. 774 ; V. aussi G. Cornu, *Regards sur le titre III du livre III du code civil*, op. cit., n° 282 à 284, pp. 210 à 213. Ces derniers visent la loyauté au lieu de la bonne foi.

moralisation du contrat. C'est dans ce sens que la cour de cassation française avait sanctionné la partie défaillante à l'obligation de contracter de bonne foi¹³⁶.

La règle posée à l'article 1134 alinéa 3 ne résume pas à elle seule l'exigence de bonne foi, ne serait-ce que parce qu'elle ne suffit pas à expliquer l'apparition de cette exigence et des techniques qui en découlent en phase précontractuelle.

La bonne foi a en réalité vocation à rayonner en dehors de la seule exécution du contrat.

En phase précontractuelle d'abord, parce qu'elle préside la période des pourparlers et en garantit l'efficacité et la sécurité, et elle se traduit à ce stade par les règles régissant la rupture abusive, sanctionnées sur le terrain de la responsabilité civile. Une deuxième de ses émanations en période précontractuelle réside dans l'obligation précontractuelle d'information, qui traduit l'exigence de transparence dans les rapports entre deux parties. Le rôle de la bonne foi en droit des contrats constitue encore aujourd'hui une pomme de discorde. L'exigence d'exécution de bonne foi¹³⁷ a reçu de très nombreuses applications, pour les contrats les plus variés, et elle interfère avec l'ensemble des remèdes à l'inexécution du contrat, qu'il s'agisse de l'exécution forcée, de la résolution ou de l'exception d'inexécution. Pour ne retenir que ce dernier exemple, il convient de rappeler qu'une jurisprudence constante exige que l'*excipiens* soit de bonne foi. Il est vrai que l'exercice de ce remède, bien qu'il ne mette pas fin au contrat, risque de causer de sérieuses difficultés, notamment financières, au débiteur à terme. Ce dernier peut se trouver dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations à l'égard de tiers. La suspension peut ainsi précipiter son endettement, voire aboutir à l'ouverture d'une procédure collective à son encontre. Cela ne signifie pas pour autant que l'exercice de l'exception pour risque d'inexécution soit systématiquement constitutif d'un comportement contraire à la bonne foi. Lorsque cela se vérifie, l'*excipiens* est sanctionné comme l'est toute personne qui agit de mauvaise foi dans l'exécution du contrat. L'exercice de l'exception d'inexécution lui est fermé et le juge de l'urgence n'accordera pas la suspension.

La Cour de cassation donne du reste toute sa mesure à l'exigence de bonne foi en ne la limitant pas à l'analyse du comportement du créancier. En effet, dans un arrêt de la cour de cassation¹³⁸, l'exigence posée par l'art. 1134, alinéa 3 du Code civil est envisagée par les magistrats dans une perspective assez inhabituelle. Il ne s'agit pas de prévenir, de contrôler ou de sanctionner une quelconque déloyauté de la part du créancier mais de rappeler le débiteur à son premier devoir de

¹³⁶ C. cass, 10 mai 1989, sous le fondement de l'art 1134 al. 3

¹³⁷ Art 237, l'AUDCG « La vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats et de la vente qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent Livre. Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elles ne peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée ».

¹³⁸ V. C. cass, première chambre civile du 22 mai 1996

contractant : c'est-à-dire régler sa dette. D'après la Cour de cassation, exécuter le contrat de bonne foi exige que la partie qui se sait débitrice signale à son cocontractant l'erreur qu'il commet en omettant de réclamer son dû. A défaut de se comporter ainsi, le débiteur supporte les conséquences de sa déloyauté et ne peut échapper au paiement immédiat des créances non encore prescrites. La Cour de cassation condamne ainsi sans détour le libéralisme excessif dont prétendraient bénéficier le débiteur comme le créancier. Cela se vérifie aussi sur le terrain de l'abus. En effet, l'exigence de bonne foi dans l'exécution se manifeste également à travers la sanction de l'abus. D'une part, l'admission, par l'Assemblée plénière¹³⁹ du pouvoir reconnu à un contractant de fixer unilatéralement le prix du contrat a été logiquement accompagnée par la mise en place d'un contrôle judiciaire de l'abus. Si la reconnaissance d'un tel pouvoir unilatéral au sein du contrat s'imposait en raison de l'inégalité structurelle qui anime certaines figures contractuelles, comme les contrats-cadres ou certains contrats de location de longue durée, il n'est pas pour autant question d'abandonner le sort du contractant dominé au bon vouloir du maître du prix. La « réserve d'abus », posée par l'Assemblée plénière, assure donc la protection du débiteur du prix fixé unilatéralement par son cocontractant et exprime l'obligation pour le partenaire dominant de prendre en compte l'intérêt du partenaire dépendant, dans l'exercice des pouvoirs que lui confère la relation de dépendance. Dans les décisions qui retiennent un abus, celui-ci procède de la combinaison de données juridiques propres à la convention litigieuse (clause d'exclusivité, longue durée du contrat, déséquilibre des prestations), du comportement du contractant (majoration arbitraire, pratique tarifaires opaques) et de considérations économiques (état du marché, offres concurrentes, durée d'amortissement). Ainsi, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 24 octobre 2001, a-t-elle caractérisé l'abus dans la fixation d'un prix de location de coffre-fort en précisant : « *L'obligation de bonne foi implique que chaque partie s'abstienne de tout abus, ait un comportement raisonnable et modéré, sans agir dans son intérêt exclusif ni nuire de manière injustifiée à son partenaire* ». D'autre part, des principes inspirés de ceux qui ont été mis en œuvre à propos du contrat de travail régissent la rupture de tous les contrats à durée indéterminée. Certes, d'une part, le principe de l'interdiction des contrats perpétuels implique que la rupture d'un contrat à durée indéterminée soit toujours possible. Mais elle ne peut intervenir qu'après un préavis et sans abus¹⁴⁰. Ces solutions traditionnelles ont été consacrées par le Conseil constitutionnel dans sa décision déclarant conforme à la Constitution la loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité (PACS). Il y est affirmé que « la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée

¹³⁹ V. Ass, plen, dans un arrêt du 1er décembre 1995,

¹⁴⁰ V. C. cass, dans sa première chambre en date du 3 juillet 2001

indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants [...] que cette rupture [doit] donner lieu à un préavis », et à la réparation du préjudice pouvant éventuellement en résulter. Lorsque le contrat prévoit une condition pour la résiliation, et que celle-ci a été respectée, les juges du fond ne peuvent pas condamner pour abus la partie qui l'a invoquée¹⁴¹. Si un contractant est en droit de refuser de renouveler un contrat à durée déterminée arrivé à terme¹⁴², sa responsabilité est engagée en cas d'abus dans l'exercice de ce droit mais la Cour de cassation n'admet que rarement l'existence d'un abus dans le droit de ne pas renouveler un contrat de concession à durée déterminée¹⁴³. La jurisprudence est particulièrement abondante pour la résiliation abusive ou le refus abusif de renouvellement d'un contrat de concession commerciale et de franchisage. La Cour de cassation vise l'article 1134, alinéa 3, ce qui revient à assimiler dans ce domaine la faute à une déloyauté. Et dans les contrats d'intérêt commun la bonne foi reste et demeure un parmi les standards de comportement que les parties et sous le contrôle du juge vont faire une œuvre de charité pour un partenariat gagnant. Par ailleurs les parties au contrat ne laisse pas occulter la loyauté qui aujourd'hui occupe une place prédominante dans les relations contractuelles comme la bonne foi.

B. La prédominance de la loyauté dans les relations contractuelles

« Une certaine dose d'inconscience est ... indispensable pour explorer l'univers contractuel et ses multiples planètes sous l'angle d'une devise « loyauté, solidarité, fraternité » qui fleure bon une vision morale et sentimentale du droit des contrats »¹⁴⁴. En suivant l'évolution de la théorie générale des contrats et obligations des exigences de comportement ont été recommandé pour se départir de l'antagonisme qui existait dans la théorie classique des contrats. Et pour cela des standards ont été choisi au rang desquels on peut citer la solidarité, la fraternité et la loyauté. Cette dernière est omniprésente dans toutes les phases du contrat, précontractuelle (1) et contractuelles (2).

1. L'exigence de la loyauté dans la phase précontractuelle

Évoqué précédemment et la loyauté qui est un corollaire de l'obligation d'information¹⁴⁵. Madame Fabre-MAGNAN opère dans sa thèse une distinction des obligations d'information,

¹⁴¹ V. C. cass, dans sa première chambre en date du 3 avril 2001)

¹⁴² A ce propos on ne conclut pas un contrat *advaita aeternam* les volontés peuvent changés et la personne peut à tout moment décider de rompre le contrat mais en respectant les conditions de la rupture loyale pour qu'il ne pas être exposé à une éventuelle réparation d'un préjudice par des dommages et intérêts.

¹⁴³ V. C. cass, chambre sociale en date du 27 février. 2007).

¹⁴⁴ V. D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in mélanges François TERRE, p. 603.

¹⁴⁵ J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente*, LGDJ 1983

selon un critère fonctionnel, entre celles ayant une incidence sur le consentement des parties et celles ayant une incidence sur l'exécution du contrat¹⁴⁶.

Nous estimons qu'il existe un troisième genre d'obligation d'information, à savoir celle ayant une incidence sur la situation de l'autre partie au contrat, différente de celle intervenant pour permettre la pleine efficacité et utilité du contrat¹⁴⁷. Cette distinction fonctionnelle correspond-t-elle à celle chronologique entre obligation d'information précontractuelle et contractuelle. C'est dans ce sens que Denis MAZEAUD affirme : « les négociateurs doivent informer promptement et complètement leurs interlocuteurs sur tous les éléments dont dépend le sort de la négociation contractuelle »¹⁴⁸. En effet, la différence d'intensité de l'exigence morale peut grossièrement être rattachée aux différentes étapes de la vie du contrat. Si l'information au service de la moralité individuelle, du devoir de loyauté ou d'honnêteté, sera le plus souvent mais non exclusivement traduite par l'obligation d'information précontractuelle, l'exigence morale plus intense introduisant la prise en compte de l'intérêt du cocontractant interviendra le plus souvent par l'obligation d'information contractuelle, en phase d'exécution du contrat¹⁴⁹.

Pourtant cette distinction fonctionnelle ne correspond pas toujours à celle chronologique. Si l'obligation précontractuelle d'information correspond *a priori* à une obligation ayant une incidence sur le consentement des parties, cela n'est pas toujours le cas. Nous pouvons imaginer en phase précontractuelle un défaut d'information, n'étant pas déterminant pour le consentement d'une partie, mais dénotant une malhonnêteté ou et c'est cela qui nous intéresse particulièrement un défaut de prise en compte de l'intérêt du cocontractant. D'ailleurs, la référence à la situation du cocontractant englobe toutes les phases de la vie du contrat, la phase des négociations, celle de l'exécution du contrat, et même la fin du contrat¹⁵⁰. D'ailleurs, sous la plume du professeur Issac. Y. NDIAYE : « le principe de la loyauté devrait avoir une portée générale depuis l'idée du contrat jusqu'à sa réalisation ; en d'autres termes, il s'agirait de faire du principe de loyauté un élément indissociable du principe de la liberté contractuelle, celle-ci ne pouvant se suffire à elle-même, au

¹⁴⁶ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, p. 356.

¹⁴⁷ V. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, *op. cit.*, p. 344 : « la morale et la bonne foi exigent du débiteur qu'il mette tout en œuvre pour permettre à son créancier la parfaite jouissance de sa prestation ».

¹⁴⁸ V. D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *in* mélanges François TERRE, p. 611 ; Cass.civ, 27 avril 1991.

¹⁴⁹ V. D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » *in* mélanges François TERRE, p. 607.

¹⁵⁰ V. D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *in* mélanges François TERRE, p. 610.

risque de perdre son âme, la liberté contractuelle sans la loyauté est une liberté sans responsabilité ; elle porte en elle-même les germes de la destruction »¹⁵¹.

Si la correspondance entre critères fonctionnel et chronologique n'est pas toujours exacte, toujours est-il qu'elle traduit bien la différence de la place assignée au principe de liberté contractuelle. Si en phase précontractuelle la liberté demeure le principe et sera appelée à jouer un rôle plus important, ce qui affecte certes la vision portée sur la moralité à ce stade, en phase contractuelle l'évolution des exigences morales traduit la réduction de la place accordée au principe de liberté au profit d'autres valeurs, à la lumière de la relation contractuelle.

2. L'exigence de la loyauté au cours de l'exécution du contrat

Dans « la logique de l'exigence d'une information obligatoire c'est le principe d'égalité de fait par le droit qui est affirmé ». En effet, dans la théorie libérale, où chaque contractant est conçu comme le meilleur défenseur de ses intérêts, et où l'affirmation de principe de l'égalité des contractants suffit, il devrait revenir à chaque contractant le soin de s'informer de la meilleure façon sur l'affaire qu'il compte conclure, ou après sa conclusion, sur tout élément pouvant affecter son exécution. Cependant, nous voyons introduite, par la loi ou la jurisprudence, une obligation pesant sur un contractant d'informer son partenaire et non plus exclusivement pour que le consentement de ce dernier soit sain. La construction légale et jurisprudentielle de l'obligation d'information répond bien à sa principale finalité, la recherche d'une égalité des contractants. Ceux-ci sont égaux « devant la loi contractuelle, en formation ou déjà existante, dans la connaissance et la maîtrise de l'information ». C'est en ce sens qu'un auteur a pu affirmer : « la loyauté produit souvent un effet anesthésiant positif quant au résultat recherché ; c'est certes un moyen opératoire pour le juge de s'infiltrer dans l'affaire des parties ; mais l'expérience n'a jamais démenti l'usage empreint de sobriété qui en est fait. La permissivité de la loi a ainsi donné au juge un remarquable outil de modération des tensions contractuelles ; ce pouvoir du juge peut d'ailleurs s'amplifier avec l'apparition des nouveaux standards sur lesquels le droit s'appuie de plus en plus : le « raisonnable », « l'excessif », ou encore « le manifeste » constituent autant de nouveaux boulevards que le juge pourra emprunter sans excès »¹⁵².

¹⁵¹ V. I. Y. NDIAYE, « *Leçon inaugurale : Le COCC, cinquante ans après (regard furtif)* », in Colloque (dir. I. Y. NDIAYE et Autres) sur le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après, vol.1, 2018, p. 31.

¹⁵² V. I. Y. NDIAYE, « *Leçon inaugurale : Le COCC, cinquante ans après (regard furtif)* », in Colloque (dir. I. Y. NDIAYE et Autres) sur le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après, vol.1, 2018, p. 31.

Cette forme d'obligation d'information sert à corriger les inégalités de fait entre contractants et à réduire donc les situations d'exploitation d'un contractant par un autre, allant même jusqu'à introduire une attention particulière à la situation concrète du partenaire.

L'égalité formelle n'est donc plus suffisante, il faut un effectif et égal accès à l'information et donc à la connaissance. Et c'est le cocontractant qui est en quelque sorte responsable d'assurer cette égalité effective dans l'information à son partenaire. L'obligation d'information va donc, d'abord, servir à gommer les « inégalités des conditions économiques ou techniques »¹⁵³.

La « jurisprudence a mis à la charge du créancier une obligation d'information lui permettant d'exécuter utilement ses obligations ». C'est un écho à l'affirmation de DEMOGUE qu'« une des conséquences de la collaboration entre les contractants est l'obligation pour chacun d'avertir l'autre en cours de contrat des événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat »¹⁵⁴.

¹⁵³ J. Mestre, « *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration* », *RTD civ.* 1986, p. 100.

¹⁵⁴ R. Demogue, *Traité des obligations en général. Vol. 2, effets des obligations*, t. 6, éd. A. Rousseau, Paris, 1931.

Chapitre 2 : L'intérêt du particularisme du contrat d'intérêt commun

L'importance du contrat d'intérêt commun est manifestement apparente surtout en ce qui concernent les conflits d'intérêt qui sont en désuète¹⁵⁵, étant donné que les parties au contrat ont franchi la ligne d'adversité pour en être des partenaires des collaborateurs¹⁵⁶ pour la prise en compte de l'intérêt commun. Ce qui explique en soi un changement ou une transformation¹⁵⁷ voir une mutation¹⁵⁸ de la théorie générale des contrats et obligations. Et c'est dans ce sens qu'un auteur disait : « le contrat n'est plus en réalité ce qu'il était jadis »¹⁵⁹

Le contrat d'intérêt commun comme nous l'avons dit plus haut peut être placé dans le cadre des contrats innommés, qui sont des contrats qui n'ont pas été expressément prévue par le droit positif sénégalais¹⁶⁰, c'est-à-dire le droit commun des obligations n'a pas prévue un corps de règle *expressis verbis* pour réglementer ce type de contrat même le droit français l'a pas prévue, mais sa particularité importante est indéniablement montré par les nouveaux montages contractuels ou les contrats de situations¹⁶¹ du fait de l'attention bienveillante réservé aux intérêts des parties au contrat (section 1) et l'évolution nécessaire de la théorie classique des obligations et contrats qu'il impose (section 2).

Section 1 : L'attention bienveillante aux intérêts des parties au contrat

La collaboration est une exigence pour la bienveillante aux intérêts des parties au contrat¹⁶².

Ainsi, elle exige de dépasser le simple respect, par abstention de toute malhonnêteté, de l'intérêt du cocontractant, ou le respect strict de la lettre du contrat¹⁶³, pour exiger des comportements positifs, et « oblige (les contractants) à exécuter leurs obligations en prenant en compte les intérêts de leurs partenaires » : c'est une « obligation de se soucier de la situation de l'autre partie », obligation bilatérale et réciproque pesant sur chacun des deux contractants.

¹⁵⁵ V. Jean-Pascal CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on aller trop loin ? », op. cit, p. 2.

¹⁵⁶ DEMOGUE, *traité des obligations en général*, TIV, op.cit., p.9.

¹⁵⁷ Catherine THIBIERGE, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ*, 1997, p. 357 et s.

¹⁵⁸ Sur ce point Ibrahima SECK, « Des quelques mutations du droit sénégalais des contrats de droit privé », op. cit.

¹⁵⁹ Ibrahima SECK, « Des quelques mutations du droit sénégalais des contrats de droit privé », *Annales africaines*, p. 1.

¹⁶⁰ Le code des obligations civiles et commerciales du Sénégal n'a pas expressément prévu une réglementation propre à la notion de contrat d'intérêt commun, par contre la lecture implicitement de certaines de ces dispositions pouvait nous permettre à croire que ces types de contrats sont prévus en soi et encadré.

¹⁶¹ Sur ce point M. Ibrahima SECK, « *Réflexions sur le cadre juridique des contrats de situation en droit sénégalais* », *Annales africaines*, op. cit, p. 2.

¹⁶² D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in mélange François TERRE, op. cit, p. 617.

¹⁶³ Sur ce point M. PLANIOL, G. RIPERT, P.-E. Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, *Obligations*, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1952, cité in Ph. Stoffel-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, op. cit., p. 71 : « le manquement à la bonne foi est (...) "autre chose que l'inexécution des actes nécessaires pour réaliser l'objet précis auquel on s'est engagé" ».

La collaboration est plus exigeante que la simple bonne foi-honnêteté ou la loyauté puisqu'elle suppose des actes positifs. Ces actes positifs interviennent, dans l'opinion de certains, « au service d'un intérêt contractuel commun »¹⁶⁴. Pour d'autres, ceux-ci sont pris en faveur du cocontractant et « tout contractant doit prendre en considération la situation de l'autre partie en s'attachant à agir utilement et en veillant à ce que le contrat ne lui apporte pas plus de nuisances que ce qui est « normalement » ou « raisonnablement » et « acceptable ».

Cette attention bienveillante aux intérêts des parties au contrat relève un compromis pratiqué entre les intérêts antagonistes (Paragraphe 1) et une nécessaire restauration de l'équilibre contractuelle (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : un compromis entre les intérêts antagonistes

Contrairement à ceux qui pensent que le contrat est un conflit d'intérêts, des auteurs comme DEMOGUE l'envisagent sous l'angle de compromis et de coopération¹⁶⁵ destinées à satisfaire les besoins basiques des personnes¹⁶⁶. Autrement dit le contrat n'est plus ce qu'il était individualisé, personnaliser de sorte que chacune des parties militait pour son intérêt personnel. Cependant, avec l'évolution de la théorie générale des contrats et obligations et la naissance des contrats de concession¹⁶⁷, d'agence commerciale¹⁶⁸, et de franchise¹⁶⁹, On note une transformation d'adversité à partenaire¹⁷⁰. Ce changement se manifeste à travers la coopération, la collaboration entre les parties au contrat. C'est en ce sens que Professeur Philippe MALAURIE disait, « le contrat a changé, mais il est resté le contrat. Ce qui fait que dans sa vie évolutive, le contrat continue à être le même, dans sa diversité et à travers les changements. Il y a ainsi continuité dans la discontinuité »¹⁷¹. Le contrat est donc par nature et selon l'expression du Doyen Carbonnier un acte de coopération, même si les métamorphoses socio-économiques ont parfois cherché à le transformer en un instrument de conflit. Un auteur précise d'ailleurs que dans le mot « contrat », la syllabe la plus importante est la première qui n'a jamais voulu dire « contre » mais bien à l'inverse « avec ». Il ne faut pas, en effet, oublier l'étymologie de « contrat » : *cum-trahere* (tirer

¹⁶⁴ J. MESTRE, « Regards croisés avec le droit français », *Bonne foi*, in Principes du droit européen du contrat, Dr. et patr. 2003, p. 42.

¹⁶⁵ DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, TIV, p. 9.

¹⁶⁶ V. Ibrahima SECK, « Des quelques mutations du droit sénégalais des contrats de droit privé », op. cit, p. 1.

¹⁶⁷ Philippe MAULAURIE Laurent AYNES et Pierre-Yves GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 1999/2000, p.497.

¹⁶⁸ Andrée BRUNET, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », études dédiées à Alex WEILL, op. cit, p.88.

¹⁶⁹ Andrée BRUNET, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », études dédiées à Alex WEILL, p.95.

¹⁷⁰ V. Catherine THIBIERGE, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats » *RTD. CIV* 1997, p. 357 et s.

¹⁷¹ V. Ph. MALAURIE, « Mutations du droit des contrats », Petites Affiches, 2008, p. 4, cité par Ibrahima SECK, « Des quelques mutations du droit sénégalais des contrats de droit privé », p.4.

avec)¹⁷². Il soutient également que si la notion de contrat a souvent été illustrée par l'image du joug qui lie deux bœufs, on n'a jamais posé un joug sur deux bœufs opposés mufler à mufler ni imaginé qu'en cette position, ils puissent tirer une charrue bien longtemps¹⁷³ ». En effet, ce changement de paradigme en ait astreint les parties à une obligation d'exécuter le plus utilement possible le contrat (A) et à une obligation de vigilance pour la sauvegarde de l'intérêt commun (B).

A. L'Obligation d'exécuter le plus utilement possible le contrat

Cette obligation astreint aux parties de rechercher l'utilité du contrat leurs poussent à exécuter le contrat le plus utilement possible (1) et de rechercher son efficacité économique (2).

1. La recherche de l'utilité du contrat

« Le contrat légalement formé crée entre les parties un lien irrévocable »¹⁷⁴. En effet dans le contrat, la force obligatoire est ramenée, de manière plus ou moins consciente, à l'idée que le contrat crée des obligations pour les parties. Or la création d'obligations (entendues au sens strict de rapports entre un créancier et un débiteur) n'est qu'un des contenus possibles du contrat, qui, de toute façon, engage, lie les parties¹⁷⁵. Et dans le contrat d'intérêt commun non seulement ce lien reste irrévocable mais également, on exige aux parties d'exécuter le contrat le plus utilement possible. En effet, ceci renforce naturellement l'émergence et la pérennité des nouveaux standards de comportement ériger les fondements nouveaux de la théorie générale des contrats et obligations cité dans le chapitre 1 au rang desquels on peut citer la loyauté, la solidarité, la fraternité¹⁷⁶. En effet c'est ce qui ressort de la jurisprudence et du droit contemporain contractuel qui fonde un devoir de collaboration sur la bonne foi de l'article 1134 alinéa 3¹⁷⁷. Et l'on a pu affirmer : « exécuter loyalement (...) c'est non seulement s'abstenir de toute mauvaise foi, mais c'est aussi exécuter en se rendant utile à son cocontractant, en lui procurant la plus grande satisfaction possible, au-delà du cadre strict des stipulations contractuelles »¹⁷⁸.

Le devoir de collaboration va rendre l'exécution beaucoup plus dynamique, au-delà de la simple et stricte exécution de la lettre du contrat, en exigeant d'assurer l'utilité pour le cocontractant. En

¹⁷² F. DIESSE, « Le devoir de coopération dans le contrat », p. 262.

¹⁷³ J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, F. Lefebvre 1988 p. 31 n° 27.

¹⁷⁴ Art 96 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal. La force obligatoire du contrat reste ce qu'elle ait et beaucoup plus renforcer dans ces nouvelles figures contractuelles.

¹⁷⁵ Sur ce point Pascal ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD CIV*, 1997, p. 771.

¹⁷⁶ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » in *mélanges François TERRE*

¹⁷⁷ Sur ce point Ph. Stoffel-MUNCK, « Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain », *PUAM*, 1994, no 157).

¹⁷⁸ Y. PICOD, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, cité par Myriam MAHANNA, La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, thèse de doctorat, p. 174.

effet, le débiteur ne peut pas se contenter d'une stricte application de la lettre du contrat. Les nombreuses applications de l'obligation de collaboration fondée sur la bonne foi en droit interne, montrent que la jurisprudence le pousse à axer son attention sur l'intérêt de son cocontractant, à se montrer efficace tel qu'il aurait voulu voir sa propre obligation exécutée, à se mettre à sa place en quelque sorte¹⁷⁹.

Donc, exécuter n'est souvent plus suffisant il faut s'impliquer dans la relation de manière à la rendre utile pour son partenaire. Et fort de ce constat sous la plume de Y. PICOD « Le débiteur doit répondre à la confiance de son créancier en offrant d'exécuter de la façon la plus utile possible : "s'obliger à faire quelque chose, c'est s'obliger à le faire utilement". Aujourd'hui, plus que jamais, exécuter loyalement, c'est exécuter en donnant à sa prestation la plus grande efficacité possible »¹⁸⁰.

2. La recherche de l'efficacité économique du contrat

Dans la philosophie actuelle, le contrat étant considéré comme un instrument économique pour la satisfaction d'un intérêt particulier, le lien entre les notions d'utilité et d'intérêt est fort. Pénétrer le contrat est le moyen pour chaque partie de rechercher la satisfaction d'un intérêt ; c'est pourquoi le contrat leur est utile. Intérêt et utilité seraient donc le reflet l'un de l'autre, pour ne pas dire interchangeables. Exécuter le plus utilement pour le cocontractant c'est donc prendre en compte l'intérêt de ce dernier au contrat, et travailler dans le sens de cet intérêt¹⁸¹. Et un auteur a pu voir en ce sens « Le devoir de fidélité est complété par celui de respecter, et même de privilégier, les intérêts de son cocontractant. Entre les diverses solutions possibles, le professionnel doit proposer (ou adapter, selon la marge de manœuvre qui lui est laissée), celle qui est la plus favorable aux intérêts de son partenaire, la plus appropriée à sa situation ».

Ce lien entre l'exécution utile ou fidèle fondée sur la bonne foi devient de plus en plus exprès, comme en témoigne A.-S. COURDIER-Cuisinier : « l'obligation de bonne foi correspond à l'obligation d'exécuter fidèlement l'engagement et qu'en cela, elle peut être envisagée comme la prise en compte par les parties de l'intérêt au contrat de l'autre »¹⁸². Et la jurisprudence se soit prononcé en ce sens en effet, la Cour juge que « la société chargée par ses clients d'exploiter leur installation de chauffage et de fourniture d'eau chaude était tenue de le faire au mieux de leurs intérêts et, en conséquence, de les informer de toute possibilité de modification favorable des tarifs

¹⁷⁹ D. MAZEAUD, « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'unidroits et de la commission Land », in mélanges Michel CABRILAC, p. 210.

¹⁸⁰ Sur ce point Y. PICOD, *De la vente, Paris 1825*, n° 202.

¹⁸¹ Montchrestien, « La morale et le droit des affaires », Paris, 1996, p. 21.

¹⁸² A.-S. COURDIER-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, op. cit, p. 313 et s.

de Gaz de France »¹⁸³. En effet, lorsqu'elle est à la charge du créancier, la recherche de l'intérêt commun est plus clairement mise en évidence puisque que, logiquement, c'est au débiteur de fournir tous les efforts pour assurer l'intérêt du créancier de l'obligation, ce dernier ayant conclu le contrat pour la réalisation de cet intérêt. Mais le devoir de collaboration entendu comme devoir de prise en compte, révèle l'esprit nouveau devant marquer les relations entre contractants, la qualité nouvelle de rapport devant exister entre eux¹⁸⁴. Au-delà d'une simple abstention, le devoir de collaboration impose des comportements positifs : le « créancier à l'obligation de tout mettre en œuvre pour faciliter à son débiteur l'exécution de ses obligations »¹⁸⁵. Donc ce qui fait l'intérêt de la particularité du contrat d'intérêt commun est que l'obligation contracter sera non seulement exécuter, mais de la manière la plus loyale, la plus solidaire et la plus utile. Contrairement au contrat classique ou l'autonomie de la volonté prenait le dessus et permettez aux parties de chercher uniquement leur intérêt propre sans tenir compte de l'intérêt du partenaire contractant. Par ailleurs l'individualisme contractuel est battu en brèche et l'utile et le juste renforcé par une obligation de vigilance pour la sauvegarde de l'intérêt commun justifie l'élan de la politique pour un compromis entre les intérêts antagonistes pour aboutir à une communauté d'intérêt.

B. L'Obligation de vigilance pour la sauvegarde de l'intérêt commun

La prise en compte de la vigilance au contrat devient un impératif en ce sens que sa recherche ne saurait être occultée par les parties au contrat (1) et impose la mise en œuvre de l'obligation d'information (2).

1. La recherche commune de la vigilance par les contractants

Sous la plume du professeur cheikh Abdou Wakhab NDIAYE « vivre c'est contracter. Consciemment ou inconsciemment, nous ne faisons que contracter »¹⁸⁶. En effet, on est lié par les autres soit par une expression d'un consentement saine et intègre soit par une expression d'un consentement qui est vicié. Et dans le cadre des contrats de collaboration, de coopération, de partenariat, les parties au contrat doivent agir avec une certaine vigilance soit pour la rapidité de la sauvegarde des intérêts du cocontractant, soit de relever ses erreurs¹⁸⁷. Ces observations conduisent à penser à une loi qui a consacré voir encadrer le contrat d'intérêt commun, la loi

¹⁸³ Cass. civ. 1e, 11 juin 1996, Bull. civ. I, 173.

¹⁸⁴ Il a fait renverser le mythe de l'individualisme qui voulait, chacun milite pour son propre intérêt en occulte l'intérêt de son partenaire, en consacrant une coopération, une collaboration, un partenariat entre les contractants.

¹⁸⁵ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in Mélanges François TERRE, p 619.

¹⁸⁶ Cheikh Abdou Wakhab NDIAYE, « Libre propos sur la protection du consentement cinquante années après », in Colloque (dir. I. Y. NDIAYE et Autres) *sur le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, vol.1, 2018, p. 391.

¹⁸⁷ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in mélanges François TERRE, p.619.

Doubin¹⁸⁸, citons l'exemple du contrat de franchise. L'article L330-3 du code de commerce français prévoit que le franchiseur est tenu de remettre un document d'information précontractuel (DIP) au candidat à la franchise au moins 20 jours avant la date prévue de signature du contrat de franchise. En effet, la loi vise à sécuriser et améliorer les rapports économiques, juridiques et sociaux des entreprises commerciales et artisanales. Et cette loi concerne entre autres le commerce organisé, c'est-à-dire les situations où une enseigne ou une marque est transmise par le biais d'un accord d'exclusivité ou de quasi-exclusivité¹⁸⁹. En sus de cela le document d'information précontractuel est l'élément phare de la loi Doubin.

2. La mise en œuvre de l'obligation d'information

Et sous la plume de François COLLART Dutilleul Philippe DELEBECQUE : « la loi Doubin comporte une précision de tout premier ordre en parlant de « contrat conclu dans l'intérêt des deux parties ». Il est vrai que le texte ne dit pas que les contrats de concession ou encore les contrats de franchise qui sont visés par le législateur puisqu'ils contiennent des engagements exclusifs sont des contrats d'intérêt commun. Il indique simplement qu'une information spécifique doit être donnée lorsque le contrat est d'intérêt commun. Autrement dit, la notion de contrat d'intérêt commun est conçue comme un critère d'application de l'obligation d'information »¹⁹⁰. Cette dernière oblige aux parties une certaine vigilance sur l'information qu'on donne à son partenaire contractant pour la sauvegarde de l'intérêt commun. Donc la loi Doubin donne l'impression implicite que les parties doivent une certaine vigilance sur l'obligation d'information qui est un des indices pour la sauvegarde de l'intérêt commun¹⁹¹. La célérité dans l'action pour la sauvegarde des intérêts du cocontractant, ou du coobligé d'ailleurs, qui est parfois imposée au nom de la bonne foi est un dérivé de la vigilance pour la sauvegarde de l'intérêt commun. En plus la bonne foi dans son versant incitant à la collaboration impose au contractant de relever les erreurs de son partenaire contractuel si ceci est nécessaire à la sauvegarde des intérêts de ce dernier.

L'erreur relevée sera souvent dans le but de sauvegarder la créance, ici aussi apparaît plus clairement le caractère réciproque et exigeant de l'obligation de collaboration. Cette dernière implique donc parfois pour les « contractants qu'ils prennent en considération, voire qu'ils privilégient les intérêts de leur partenaire »¹⁹². C'est même une sorte de « devoir d'ingérence dans

¹⁸⁸ Loi du 31 décembre 1989, avec son décret d'application du 4 avril 1991.

¹⁸⁹ Andrée BRUNET, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », études dédiées à Alex WEILL, p. 95.

¹⁹⁰ COLLART Dutilleul Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, p. 807.

¹⁹¹ Philippe GRIGNON, « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », in mélanges Michel CABRILLAC, p. 149.

¹⁹² D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in Mélanges François Terré, p. 619

les affaires d'autrui mais la jurisprudence en fait la précision¹⁹³. Et J. Mestre pour sa part définit la coopération, comme « l'exigence... des attitudes, des comportements convergents au service d'un intérêt contractuel commun¹⁹⁴ ».

Paragraphe 2 : La restauration de l'équilibre contractuelle

Le contrat se transforme¹⁹⁵ d'un lieu perçu comme terrain d'affrontement de deux volontés libres et égales, à un lieu où la liberté devrait être limitée ou encadrée¹⁹⁶, les intérêts équilibrés, ou même, un lieu de coopération entre les parties. Le constat est donc aujourd'hui, celui d'une évolution de la théorie classique des obligations et du contrat¹⁹⁷ par un renouvellement du cadre juridique classique(A), en y consacrant des remèdes contre les déséquilibres contractuels (B).

A. Le renouvellement du cadre juridique classique

L'autonomie de la volonté, paradigme de l'ordre juridique classique¹⁹⁸, fait l'objet de critiques de la plupart des auteurs contemporains (1). Ce qui fait que les opinions divergent quant à la place qui doit être réservée à la volonté, dans cette théorie générale¹⁹⁹. De nouveaux fondements ; comme l'utile, le juste... apparaissent pour compléter cette théorie jugée utopique ce qui impose son renouveau (2).

1. Les discrédits de l'ordre juridique classique

Cette relecture autorise également une souplesse plus importante des principes subséquents, la liberté contractuelle se relativisant et la force obligatoire devenant moins rigide. Face à cette remise en cause, de nouveaux concepts semblent utiles pour expliquer le contrat et le régime, puisque la volonté a perdu son rôle d'idée directrice exclusive. Pour qu'un concept puisse émerger, un environnement capable de le recevoir doit exister : il doit pouvoir s'intégrer tout en permettant à l'ensemble du système de conserver sa cohérence ou son unité. Il semble que les conditions soient désormais réunies pour deux raisons. La première repose sur la remise en cause de l'autonomie de la volonté par la doctrine majoritaire qui considère ce concept comme utopique²⁰⁰. De nouveaux fondements sont donc proposés, notamment la justice contractuelle. Cette relecture

¹⁹³ Voir sur ce point Cass. soc. 22 janv. 1992, n° 267.

¹⁹⁴ MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.*1986 p.101.

¹⁹⁵ En ce sens Catherine THIEBIERGE, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD. CIV*, 1997, p. 357 et s.

¹⁹⁶ Sur ce point François TERRE, *Introduction générale au droit*, précis Dalloz, 9e éd., 2012, n° 85, p. 74 : Le code civil « a fait (...) de la liberté contractuelle un dogme trop absolu, laissant ainsi s'établir, dans le commerce des hommes, une concurrence sans frein et la primauté du seul intérêt matériel, ce qui risque d'aboutir à l'écrasement du faible par le fort. L'égalité de droit, qui était reconnue, aboutissait souvent à l'inégalité de fait ».

¹⁹⁷ Sur ce point Myriam MAHANNA, La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, op.cit, p. 30.

¹⁹⁸ Sur ce point Ghislain TABI, « Ajustement nécessaire du volontarisme au solidarisme », p.1.

¹⁹⁹ Catherine THIEBIERGE, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD. CIV*, 1997, op. cit, p. 357 et s.

²⁰⁰ J. L. CORREA, Cours de droit des obligations, UASZ, SJ, 2013-2014, inédit, p. 21.

de la théorie générale des contrats autorise désormais l'émergence de nouvelles idées directrices comme l'équilibre contractuel. De plus, une autre conséquence apparaît. Ces nouveaux fondements permettent une nouvelle lecture des principes subséquents en leur donnant une plus grande souplesse et une relativité qu'ils ne possédaient pas auparavant²⁰¹. Ainsi comme dans de nombreux pays, l'autonomie de la volonté fait l'objet d'un certain nombre de critiques depuis plusieurs années²⁰². Notamment sa place dans la théorie générale comme fondement exclusif Du contrat et la remise en cause par la doctrine majoritaire.

En outre, il convient de rappeler ces critiques portés à l'encontre de l'autonomie de volonté ; Dire que la volonté est autonome, c'est admettre que la volonté des contractants crée, à elle seule le contrat et tous les effets qui en découlent. Et sous la plume du professeur Issac. Y. NDIAYE : « la liberté contractuelle ne doit pas, ou plus, se résumer à vouloir ou ne pas vouloir s'engager ; elle doit être accouplée avec la pleine conscience de devoir agir ou de s'abstenir mais en se comportant en toute loyauté non seulement à l'égard de celui avec lequel on contracte, mais aussi dès l'instant que l'idée même du contrat est matériellement envisagée (...) »²⁰³. En effet, ce principe permet de fonder le contrat, mais il n'a demeure pas pour autant l'unique assise des relations contractuelles. Par ailleurs, ce concept a permis de concilier l'engagement et la liberté : l'homme reste libre parce qu'il a voulu se soumettre. La volonté est souveraine car elle est présumée rationnelle. L'autonomie de la volonté apparaît avant tout comme un principe philosophique avant d'être un principe juridique. Même si l'origine de cette expression suscite un débat, l'œuvre de Kant lui donne une assise philosophique.

2. Le renouveau de l'ordre juridique moderne

Le concept d'équilibre contractuel, beaucoup plus objectif que l'idée de volonté présente une utilité à la fois pour l'analyse isolée de certaines règles, mais aussi pour une vision plus générale du droit des contrats. Certaines règles mettant en œuvre l'idée d'équilibre contractuel portent atteinte à la liberté contractuelle et à la force obligatoire du contrat. Notamment dans les rares cas où elles sont admises. Et meilleur encore, prenons l'exemple du contrat d'agence commerciale conclu dans l'intérêt commun, il lie l'agent commercial et son mandat.

L'agent commercial et son mandat sont tenus, l'un envers l'autre, d'une obligation de loyauté et d'un devoir d'information.

²⁰¹ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in mélange François TERRE, p. 603.

²⁰² Sur ce point J-Pierre TOSI, *Le droit des obligations au Sénégal*, p. 47.

²⁰³ V. I. Y. NDIAYE, « *Leçon inaugurale : Le COCC, cinquante ans après (regard furtif)* », in Colloque (dir. I. Y. NDIAYE et Autres) *sur le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, vol.1, 2018, p. 31.

L'agent commercial doit exécuter son mandat en bon professionnel ; le mandat doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat²⁰⁴. En effet, On se rappelle des mots de Portalis qui disait que tout homme qui traite avec un autre doit être sage et attentif²⁰⁵. Et cela nous permet de glisser sur le mandat d'intérêt souvent assimilé au contrat d'intérêt commun. Le mandat d'intérêt commun est une création prétorienne apparue au XIXème siècle. Un mandat est d'intérêt commun lorsque le contrat qui est conclu présente un intérêt à la fois pour le mandant et pour le mandataire. Il y a mandat d'intérêt commun lorsqu'il y a « intérêt du mandant et du mandataire à l'essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle ²⁰⁶». Le mandat d'intérêt commun est venu tempérer le principe posé par l'article 2004 du Code Civil selon lequel le mandat est librement révocable²⁰⁷ (révocable ad nutum). Le mandat d'intérêt commun n'est donc pas révocable par la volonté d'une seule des parties.

La révocation est en effet subordonnée à « un consentement des deux parties ou à une cause reconnue en justice, ou enfin selon les clauses du contrat ²⁰⁸». Si ces conditions ne sont pas respectées par le mandant, une indemnité est due de plein droit au mandataire, sauf en cas de cause légitime de révocation, c'est-à-dire en cas de faute du mandataire.

Le législateur a consacré cette construction prétorienne pour les agents commerciaux en posant le principe selon lequel « les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties ²⁰⁹». La révocation du contrat d'agent commercial sans indemnité est cependant soumise à une faute grave de l'agent commercial²¹⁰.

B. Les remèdes contre les déséquilibres contractuels

La lésion et la révision pour imprévision apparaissent comme des exceptions importantes à ces piliers de l'ordre juridique classique. Pour répondre à ces contradictions. La doctrine a recherché des fondements volontaristes. Pourtant ; ce recours à la volonté ne traduit pas réellement le concept mis en œuvre par chacun de ces institutions. Au contraire ; le concept d'équilibre contractuel (1) permet de retrouver l'idée directrice réelle de ces deux règles. Et on met l'accent sur les procédés de lutte contre le déséquilibre contractuel (2)

²⁰⁴ Art 217 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général.

²⁰⁵ J. L. CORREA, *Cours de droit des obligations*, UASZ, SJ, 2013-2014, inédit, op.cit., p.66.

²⁰⁶ Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-18.444, JurisData n° 2007-037690 ; Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-12.759 ; Cass. com., 24 nov. 2009, n° 08-19.596 ; Cass. com., 29 févr. 2000, n° 97-15.935, Juris Data n° 2000-000750

²⁰⁷ Art 2004 code civil Français.

²⁰⁸ Cass. com., 3 juill. 2001, n° 98-16.691 ; Cass. com., 6 juill. 1993, n° 91-15.469 ; Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-11.450 ; Cass. com., 18 janv. 2000, n° 97-21.368).

²⁰⁹ art. L. 134-4, al. 1^{er} C. comm.

²¹⁰ Art L 134-13 C. comm

1. La prospection de l'équilibre contractuel

Ainsi, la lésion trouve souvent son fondement dans la doctrine classique dans la volonté présumée viciée de l'une des parties. Comment expliquer autrement le déséquilibre objectif des prestations acceptées par l'une des parties, si ce n'est par une volonté défaillante de cette partie ? Cette recherche d'une explication cohérente se justifiait également par la crainte d'un développement important des cas de lésion. La lésion signifie en droit des obligations le préjudice que subit l'une des parties au contrat du fait du déséquilibre existant, au moment de la formation du contrat, entre les prestations²¹¹. En effet, il faut remarquer que la lésion peut être admise indépendamment de tout vice du consentement. Par ailleurs, plusieurs raisons peuvent expliquer un prix lésionnaire. Certes un vice du consentement peut en constituer une cause, mais cette notion ne semble pas la seule explication possible. L'ignorance, l'insouciance, le manque d'intérêt, ... fournissent des explications tout aussi défendables. De plus, la lésion existait depuis fort longtemps et sans être fondée sur un vice du consentement. La théorie canonique du juste prix fournit une explication aussi cohérente. Elle a d'ailleurs été reprise par certains auteurs. Enfin, l'insécurité peut très bien être limitée. En effet, l'absence de sanction²¹² d'un déséquilibre peut parfois constituer une source d'insécurité plus grande encore que la révision²¹³ du contrat dans la mesure où le contrat risque de ne pas être exécuté par la partie lésée. De plus, les règles sanctionnant la lésion offrent un certain nombre de garanties en imposant des conditions rendant l'action difficile. Finalement le fondement volontariste permet de répondre à la question suivante comment concilier cette action et l'atteinte portée à la liberté contractuelle ?

Ne faut-il pas s'interroger sur l'opportunité d'étendre ces cas, sur leur étendue ? Il suffit de prendre acte de cette atteinte portée à la liberté contractuelle sans la renier et au contraire rechercher le concept appliqué dans cette technique. Le concept d'équilibre contractuel offre le moyen de répondre de manière plus efficace à ces questions relatives à la lésion sans obscurcir le débat en ayant recours à la volonté. Par ailleurs, pour la doctrine classique, la révision pour imprévision trouve son fondement dans la volonté des parties. Les modalités des différentes théories varient mais leur point commun réside dans cette recherche de volonté. Ces analyses obscurcissent le problème posé par ces règles, de plus en plus nombreuses. En effet, toutes reposent sur des analyses plus ou moins fictives de la volonté. Est-ce vraiment utile ? On peut en douter aujourd'hui, puisque ce concept tend à s'effacer et à perdre sa place de valeur exclusive.

²¹¹ J. L. CORREA, Cours de droit des obligations, UASZ, SJ, 2013-2014, inédit, p. 64.

²¹² Art 75 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal.

²¹³ Art 97 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal.

2. Les procédés de lutte contre le déséquilibre contractuel

Une partie de la doctrine présente désormais le débat de la révision pour imprévision uniquement en termes de justice et d'utilité. Ainsi, le déséquilibre du contrat suite aux changements de circonstance, prive le contrat de toute utilité particulière mais pas nécessairement de toute utilité sociale. Le droit n'admet la révision ou l'adaptation du contrat que si les deux conditions sont réunies, D'une part, le contrat doit être gravement déséquilibré. D'autre part, ce contrat doit avoir perdu toute utilité sociale. La volonté disparaît à juste titre de ce débat qui ne concerne pas l'accord de volontés qui par hypothèse n'a pas réellement prévu un tel bouleversement du contenu contractuel. Le concept d'équilibre contractuel traduisant l'idée de justice devient donc un élément central du débat. Les règles de révision pour imprévision peuvent s'expliquer de manière cohérente par ce concept, sans encombrer le débat d'un recours à l'accord de volontés. Ce nouveau concept remet en cause le paradigme de l'autonomie de la volonté. Pendant très longtemps, ce dernier a aveuglé le débat en recherchant si toutes les règles du droit du contrat appliquaient effectivement ce dogme et si elles étaient compatibles avec lui. Désormais, ce nouveau concept change les questions et élargit le débat. La plupart des règles attachées artificiellement à la volonté lui sont en réalité étrangères. C'est le cas de la lésion et de la révision pour imprévision. Grâce à ce concept d'équilibre contractuel, le débat est recentré et les questions pendant longtemps considérées comme essentielles perdent de leurs intérêts et de leurs importances. Il permet également de rapprocher certaines règles de droit.

Section 2 : L'évolution souhaitée de la théorie classique des obligations et contrats

L'évolution de la théorie classique des obligations et contrats se justifie par le dépassement de la rigidité des principes traditionnels du contrat (paragraphe 1) et par l'adaptation et la pérennité des nouvelles figures contractuelle : une tâche dévolue au juge et aux parties (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Dépassement de la rigidité des principes traditionnels du contrat

Il se manifeste d'une part, comme tempérament au principe de liberté contractuelle, tantôt comme norme positive de comportement dans la bonne foi relationnelle²¹⁴, et l'obligation d'information renforcée²¹⁵. Il se manifeste d'autre part, comme aménagement du principe de la force obligatoire²¹⁶, opérant lors de la survenance d'une difficulté d'exécution étrangère au partenaire

²¹⁴ Art 103 du COCC.

²¹⁵ Art 1112-1 du C. CIV.

²¹⁶ Art 96 du COCC et art 1134 du C. CIV

dans l'obligation de renégociation²¹⁷ du contrat, et potentiellement la théorie de l'imprévision, ou d'une difficulté inhérente à celui-ci dans les mesures de grâce.

Le contrat étant tributaire de la libre volonté²¹⁸, les contractants ne sont pas obligés de s'engager. S'ils s'engagent c'est qu'ils entendent en tirer profit, donc de ce point de vue si on s'engage c'est parce-que l'on espère gagner. Dans un rapport contractuel, chaque partie s'engage en vue de gagner quelque chose. C'est dire que la cause de l'engagement de chaque partie réside dans l'avantage qu'elle tire de la prestation de l'autre. Et chacun essaye de vendre pour un prix cher et d'acheter à un prix moins cher. C'est de là même que découle le conflit d'intérêts. Partant de la pensée du doyen Carbonnier pour qui le contrat s'inscrit dans la logique d'une « coopération antagoniste ²¹⁹», on saurait facilement déduire l'existence du conflit d'intérêts. Il serait saugrenu de penser que les contractants doivent s'aimer comme des amis dans la mesure où concilier les inconciliables reste indubitablement une utopie. Mais avec l'évolution de la théorie général des contrats et obligations la donne a changé voire transformer²²⁰. Et on assiste à une souplesse des principes traditionnels du droit des contrats pour rendre ce droit plus digeste, plus social²²¹ (A) ce qui a pour conséquence l'émergence de la charité contractuelle : la renégociation et l'équité (B)

A. La souplesse des principes traditionnels

Le droit des contrats est actuellement en état de tension, certains diront même de crise. Sur le plan théorique, le dogme de l'autonomie de la volonté, longtemps perçu comme le seul fondement de la force obligatoire des contrats, est de plus en plus contesté (1). Au cours des dernières décennies, de nombreux auteurs ont proposé des théories alternatives du contrat qui ont pour point commun de substituer à la volonté des parties une certaine forme de « bien commun » qu'il s'agisse de « conciliation du juste et de l'utile »²²², de « contrat relationnel »²²³, de « solidarisme contractuel »²²⁴ ou de « moralité contractuelle »²²⁵ (2).

²¹⁷ Art 97 du COCC.

²¹⁸ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Philippe STOFFEL-MUNCK, les obligations en droit civil, p. 221.

²¹⁹ RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ. 4.

²²⁰ Catherine THIBIERGE, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD. CIV* 1997, p. 357.

²²¹ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », *in* mélanges François TERRE, p 617.

²²² V. Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil*, vol. 2, *Le contrat : formation*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, pp. 178-214.

²²³ V. Jean-Guy BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société : étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1998.

²²⁴ V. André BELANGER et Ghislain TABI TABI, « Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement », 2006, p. 47.

²²⁵ V. Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », 1999, p. 44 *R.D. McGill*.

1. Une souplesse réelle

Au Sénégal, cette évolution des mentalités se traduit par l'importance qu'a prise le concept de bonne foi comme principe organisateur du droit privé²²⁶. Et au Québec, C'est ce qui a permis à la Cour suprême d'affirmer, dans un arrêt récent : « L'évolution du droit québécois des obligations a été marquée par la recherche d'un juste équilibre entre, d'une part, la liberté contractuelle des individus et, d'autre part, le respect du principe de la bonne foi dans leurs rapports les uns avec les autres²²⁷ ».

Il y a encore les innombrables devoirs de conseil ou d'information imaginés dans presque tous les contrats, de la vente à l'entreprise²²⁸, en passant par le mandat²²⁹ et le prêt²³⁰. Et relayés par des lois internationales ou directives communautaires non moins nombreuses et très éparpillées. C'est en ce sens que D. MAZEAUD a pu affirmer : « le monde des affaires n'est pas exempt d'une certaine éthique voir d'une certaine morale, mais il ne saurait être question d'imposer aux entreprises qui déploient leurs activités dans le commerce international un esprit caritatif ou le sens du sacrifice²³¹ ».

La souplesse contractuelle, nécessaire à l'adaptation des contrats aux évolutions des circonstances, est aujourd'hui possible en raison de l'évolution des fondements de la théorie générale des contrats. L'autonomie de la volonté est en déclin, mais domine toujours le droit des contrats. Pour la majorité de la doctrine, dont MALAURIE, le dogme de l'autonomie de la volonté est abandonné. GHESTIN a remis en cause ce principe, en proposant de lui substituer d'autres fondements. Il démontre que l'autonomie de la volonté est affirmée que par la doctrine traditionnelle civiliste, très critiqué notamment par les positivistes. Selon lui, cette autonomie de la volonté ne doit pas être le seul fondement de la force obligatoire des contrats, le contrat est obligatoire s'il est juste et utile²³². Les principes de liberté contractuelle²³³, de consensualisme²³⁴, de force obligatoire²³⁵, d'effet relatif du contrat²³⁶ ont été dégagés depuis longtemps par la doctrine.

²²⁶ V. Art 237 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général.

²²⁷ Sur ce point V. *ABB Inc. c. Domtar Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 461, à la p. 468, par. 1.

²²⁸ Art 435 du COCC.

²²⁹ Art 463 du COCC.

²³⁰ Art 525 du COCC.

²³¹ D. MAZEAUD, « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'unidroit et de la commission *lando* », op. cit.

²³² V. J. Ghestin, *Traité de droit civil, t. II, Les obligations, le contrat, « l'utile et le juste dans les contrats »*, 1981, 26 archives de philosophie du droit, p.35, 39.

²³³ Art 42 du COCC.

²³⁴ Art 41 du COCC.

²³⁵ Art 96 du COCC.

²³⁶ Art 110 du COCC.

Les atteintes que les contrats ont subies, ont conduit à en rechercher d'autres qui expliquent les règles auparavant considérées comme dérogoires aux principes classiques : les principes d'égalité contractuelle, d'équilibre contractuel, et de fraternité contractuelle sont venus compléter les précédents. Les déséquilibres contractuels sont les conséquences constatées de l'autonomie de la volonté fin 19^{ème} début 20^{ème} par SALEILLES²³⁷, GOUNOT²³⁸, RIPERT²³⁹ et JOSSERAND.

2. L'émergence de nouveaux principes en droit des contrats

Une fois le contrat conclu, il doit s'imposer aux parties, leur liberté étant alors restreinte. Actuellement la détermination du contenu contractuel échappe en partie aux contractants en raison de l'existence de contrats imposés tels ceux d'assurance, de lois supplétives, etc... On considère de plus que le contrat tire non plus sa force obligatoire de la volonté des parties, mais du droit objectif qui la lui confère. En admettant que le droit objectif poursuit des finalités supérieures tel le juste et l'utile, la force obligatoire n'apparaît plus comme une fin en soi, mais comme un moyen aux fins de l'utilité et la justice contractuelle, valeurs objectives supérieures. Les fondements de la théorie des obligations présentent des imperfections, dont la majeure est le manque de protection des plus faibles. Les fondements de la théorie générale doivent donc évoluer, ce qui a valu certains auteurs dont D. MAZEAUD²⁴⁰, Catherine THIEBERGES²⁴¹, Jacques GHESTIN²⁴², etc., de réfléchir sur l'innovation du droit des contrats et obligations en tenant compte de tous les aspects pouvant faire évoluer ladite discipline.

Donc on peut affirmer sans risque de nous tromper que les principes directeurs de la théorie classique des contrats et obligations ont subies une souplesse profonde que la pratique contractuelle a démontré pour instaurer une égale force²⁴³ entre les parties contractantes. Ce qui est en soit une conséquence à la prise en compte de l'intérêt de son partenaire.

Etant longtemps considéré comme le principe fondamental du droit de la formation du contrat, le principe de la liberté contractuelle n'en est pas le seul. Un phénomène déjà connu avec l'arrivée des contrats d'adhésion, la contractualisation de masse engendre aujourd'hui des contrats de dépendance encore appelés contrats de pouvoirs. L'objectif à atteindre est la maximisation des profits, c'est-à-dire l'efficacité économique²⁴⁴.

²³⁷ V. SALEILLES, La déclaration de volonté, thèse 1901

²³⁸ V. GOUNOT, Le principe de loto du vol en droit privé thèse Dijon 1912.

²³⁹ V. Ripert, *Les règles morales dans le droit civil* 4^é édition.

²⁴⁰ Sur la « Loyauté, la solidarité, la fraternité : la nouvelle devise contractuelle », in mélanges François TERRE, op. cit.

²⁴¹ V. Catherine THIEBERGE, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats », 1997, op. cit.

²⁴² Sur la justice contractuelle selon la tradition catholique.

²⁴³ V. Jacques GHESTIN, La justice contractuelle selon la tradition catholique, P. 427.

²⁴⁴ Ghislain TABI TABI, Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel, thèse de Doctorant en 2011, p. 3.

Le besoin de réalisation des attentes légitimes²⁴⁵ de la partie qui est en état de faiblesse²⁴⁶ commande une nouvelle vision dont le solidarisme contractuel²⁴⁷ est le support. Définissant le contrat par rapport à sa finalité sociale, cette doctrine défend la collaboration des intérêts. Ceci a pour objectif de permettre à chaque partie d'accéder à la lisibilité ou encore à l'intelligibilité de la relation d'obligations, afin qu'elle décide en ayant une suffisante largeur de vues. Il est important que de nouveaux marqueurs d'équilibre émergent. L'on parle alors des obligations de proportionnalité et de cohérence²⁴⁸ qui se justifie par l'émergence de la charité contractuelle.

B. L'émergence de la charité contractuelle justifiant l'équité entre les parties

Le contrat est devenu un nécessaire quantitatif d'un relatif équilibre des prestations et d'une quête d'égalité réelle des parties (2), se dessine aujourd'hui une aspiration qualitative qui conduit à se soucier de l'autre et de ses intérêts, à mettre ses forces en commun au service du contrat, en une exigence d'une sorte de solidarité, voire de fraternité²⁴⁹ (1).

1. Le jaillissement de la charité dans les relations contractuelles

Il est important de montrer que les principes fondamentaux d'égalité et de liberté²⁵⁰ ne sauraient être écartés du champ contractuel même si les exigences de bonne foi semblent en imposer d'autres telles que la loyauté, la solidarité et la fraternité²⁵¹. Ceci dit, il convient de rechercher le juste milieu entre les principes classiques et ceux contemporains. Avec l'évolution de la théorie générale des contrats et obligations le socialisme contractuel a fini par prendre le dessus sur l'antagonisme contractuel. C'est ce qui fait dire à un auteur L'intérêt du contrat serait alors l'attente légitime que chaque partie a pu placer dans la relation obligationnelle. Il représente ce sans quoi les parties n'auraient jamais accepté de contracter. L'intérêt du contrat est l'élément unificateur des engagements des différentes parties au rapport d'obligations. C'est le but ultime poursuivi par chaque contractant qui, à travers les prestations contractuelles de l'autre, espère combler le vide qui l'amène à contracter²⁵².

²⁴⁵ V. Franck DUDEZERT, L'existence d'un principe de confiance légitime en droit privé, thèse de doctorant, 2016, p. 27.

²⁴⁶ V.J-P CHAZAL, La puissance économique en droit des obligations, thèse de Doctorat en 1996, p.492.

²⁴⁷ Cette idée de solidarisme contractuel va au-delà de la théorie générale des contrats et obligations, elle est aussi appréhendée en droit des sociétés et des groupements d'intérêt économique ou le législateur OHADA tenait à préciser dans son art 4, que l'affectio societatis, qui est l'équivalent de *l'affectio contractus* dans les contrats autre que les contrats de sociétés, est un élément indispensable pour toutes sociétés commerciales.

²⁴⁸ Ghislain TABI TABI, Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel, thèse de Doctorant en 2011, p. 4.

²⁴⁹ V. C. THIBIERGE, « *Libres propos sur la transformation du droit des contrats* », op.cit., p. 357 et 376.

²⁵⁰ Art 7 de la déclaration universelle des droits de l'homme.

²⁵¹ V. D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in mélanges François TERRE, p. 611.

²⁵² Philippe JESTAZ, « Rapport de synthèse Quel contrat pour demain ? », p.47.

L'intérêt du contrat constitue le socle à partir duquel la justice commutative est appelée à s'épanouir. Elle devra assurer à toutes les parties la satisfaction recherchée de leurs attentes contractuelles. Cet objectif requiert l'adoption en aval du lien obligationnel du dialogue entre les parties. Si celles-ci n'arrivent pas à fédérer de manière équilibrée leurs attentes légitimes, intervient alors en amont le contrôle judiciaire de l'intérêt contractuel. Le juge qui assure un contrôle dynamique et objectif de la relation contractuelle, est considéré comme étant « le bras armé » ou encore « le levier » du solidarisme.

Ceci étant dit la préservation de l'intérêt contractuel autorise aussi la justice commutative à œuvrer pour le rééquilibrage d'une relation obligationnelle dans laquelle l'une des parties ne trouve plus satisfaction, à cause des circonstances externes qui viennent priver le rapport d'obligations de son efficacité. Dans un tel cas, le contrat ne retrouvera sa force obligatoire que lorsqu'il se sera adapté à cette nouvelle situation. Il est important de relever, que les conditions ayant initialement favorisé la conclusion du contrat doivent rester les mêmes, pour que la force obligatoire soit conforme à la volonté des parties.

2. La prise en compte de l'équité dans les relations contractuelles

Le terme « équité » évoquant l'idée d'une solution plus parfaite que celle que l'on peut attendre d'une règle de droit, parce que mieux adaptée aux circonstances d'un cas particulier, plus personnalisée par rapport aux faits de l'espèce concernée²⁵³. L'objectif de toute référence à l'équité est de lutter contre un déséquilibre entre les plaideurs en conférant au juge la possibilité d'apprécier, dans chaque cas particulier, le caractère inéquitable d'une situation, excessivement rigoureuse à l'égard d'une partie. Pourtant, la règle *pacta sunt servanda* continue de présider aux destinées des contrats frappés par la théorie de l'imprévision, entretenant ainsi une intangibilité et une immutabilité de façade, au regard de la réalité contractuelle en cause. En effet, le changement de circonstances entraîne une perte substantielle de l'équilibre contractuel, pris en la réduction draconienne des attentes légitimes de la partie en situation de vulnérabilité²⁵⁴. Et ce changement de circonstance au nom de l'équité qui lie les parties contractantes trouve les solutions pour y remédier. Ce qui justifie la raison d'être de l'avant-projet Terré qui, sur le modèle des codifications privées européennes²⁵⁵, dans son article 1196 prévoit : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une

²⁵³ P. JESTAZ, *Le droit*, 9^e éd., 2016, Dalloz, p. 15.

²⁵⁴ Ghislain TABI TABI, « Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel », p. 157.

²⁵⁵ Voir les principes Lando : art. 6.111 ; Principes Unidroit : art. 6.2.3. V. cep. projet Gandolfi : art. 1135-1), l'admet (art. 92

partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation²⁵⁶.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. À défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

En effet, ce texte pose, au préalable, l'obligation pour les parties de renégocier²⁵⁷ le contrat dont l'exécution est devenue « excessivement onéreuse » pour l'une des parties, en raison de la survenance d'une « circonstance imprévisible », dont la victime n'avait pas accepté le « risque »²⁵⁸.

Ensuite, le texte précise, qu'en cas d'échec ou de refus de renégociation, les parties peuvent demander « d'un commun accord » au juge de procéder à l'adaptation du contrat.

Paragraphe 2 : L'adaptation et la pérennité des nouvelles figures contractuelle : une tâche dévolue au juge et aux parties

L'ordonnance de 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations²⁵⁹, à entrainer certaines modifications des pratiques contractuelles en droit des contrats et en droit de la distribution. Et d'ailleurs avant même cette réforme d'envergure la doctrine ne s'est pas laissée faire les contractants se comportaient comme bon leur semble, il y avait la consécration de certaines normes comportementales pour non seulement adaptés mais pérennisés ces nouvelles pratiques contractuelles²⁶⁰.

Par le biais de la bonne foi, la notion de devoir est intégrée dans l'analyse du contrat. Elle permet de traduire les exigences comportementales s'imposant aux contractants²⁶¹ afin qu'ils maintiennent une conduite vertueuse et altruiste tout au long de leur relation. Il est en effet, mis à la charge de tout contractant un devoir actif et général de faire en sorte que le contrat ait le plus d'utilité possible pour son partenaire, qu'il s'agisse ou non d'un contrat de coopération²⁶².

²⁵⁶ Arrêt canal de crapone rendu le 6 mars 1876, la Cour de cassation a refusé qu'un juge puisse, à la demande d'une partie, corriger le déséquilibre provoqué par les circonstances.

²⁵⁷ Cass. Com 3 novembre 1992, obs. G. VIRASSAMY, RTD civ. 1993, obs. D. Mazeaud, RTD civ. 1999.

²⁵⁸ Voir sur ce point D. MAZEAUD, « A propos du droit virtuel des contrats : réflexion sur les principes d'unidroit et de la commission Lando », in mélanges Michel CABRILLAC, op. cit, p.211.

²⁵⁹ L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

²⁶⁰ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op.cit, in mélanges François TERRE, p.613.

²⁶¹ MIGNOT (M.), « De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier, ou le solidarisme a-t-il un rapport avec la solidarité? », *RRJ*, 2004, n° 4, p. 2153 et s ; THIBIERGE GUELFUGCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *art. préc.*

²⁶² Voir sur ce point A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, PUF, 2e éd., 1998 : « La bonne foi de l'article 1134 c'est, répétons-le, la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère » ; THIBIERGE GUELFUGCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *art. préc.*

À ce devoir contractuel général ont pu être rattachées d'autres exigences. Sont par exemple consacrés des devoirs contractuels d'honnêteté²⁶³, de conseil²⁶⁴, de coopération²⁶⁵, de transparence²⁶⁶, de prudence²⁶⁷, de décence et de cohérence²⁶⁸, ou encore de renégociation, à la charge des parties contractantes, au-delà des obligations qu'elles sont tenues d'exécuter, c'est à dire « *en plus de leurs prestations initiales* »²⁶⁹. Quoiqu'il en soit, l'analyse du comportement des contractants au-delà de l'exécution des obligations contractées, passe de plus en plus systématiquement par la reconnaissance de devoirs à leur charge. À tel point que la question qui semble aujourd'hui se poser en doctrine est plutôt celle de savoir si l'on n'est pas allé trop loin dans cette voie²⁷⁰. Au regard de tous ceux qui précèdent et les nouveaux montages contractuels qui naissent de jour en jour tels que les contrats de partenariat, de collaboration, les contrats relationnels, etc., leur adaptation et leur pérennisation étant d'une part une tâche dévolue au juge (A) et d'autre part une tâche incombant aux parties (B)

A. Une tâche dévolue au juge

Le juge, garant de l'application de la norme contractuelle, il est astreint à respecter à la fois le sens et la substance²⁷¹ du contrat. Ceci étant dit que le contrat relève de la libre volonté des parties en vertu de l'effet relatif des conventions²⁷², il ne saurait de près ou de loin produire des effets à l'égard des tiers ; ces derniers ne peuvent ni invoquer le bénéfice d'un contrat auquel ils ne sont pas parties ni également être tenus d'obligations en vertu de ce contrat, mais le juge en tant qu'arbitre joue un rôle fondamentalement important aussi bien pour leur contrôle (1) et pour leur adaptation et leur pérennisation au besoin (2).

²⁶³ Voir sur ce point I. Y. NDIAYE, « *Leçon inaugurale : Le COCC, cinquante ans après (regard furtif)* », in Colloque (dir. I. Y. NDIAYE et Autres) *sur le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, vol.1, 2018, p. 32.

²⁶⁴ Voir sur ce point D. MAZEAUD « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *art. préc.*

²⁶⁵ Sur ce point voir Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, p. 105 et s., D. MAZEAUD « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *art. préc. L'auteur à aller jusqu'à dire devoir d'abnégation en les parties.*

²⁶⁶ D. MAZEAUD « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *art. préc. Selon l'auteur un tel devoir permet de répondre à celui plus général d'assistance à autrui.*

²⁶⁷ Voir Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, thèse préc.*, p. 132 et s.

²⁶⁸ D. MAZEAUD « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *art. préc.*

²⁶⁹ V. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, thèse préc.*, p. 200 et s.

²⁷⁰ V. P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre René DEMOGUE de l'Université de Lille 2003, p. 114 et s., D. MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat, op. cit.*, p. 135 et s.

²⁷¹ Art 96 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal, son pendant en droit Français est l'article 1134 du code civil.

²⁷² Art 110 du COCC et de l'art 1165 du code civ.

1. *La mise en œuvre de son pouvoir d'encadrement*

Le juge doit jouer un rôle d'encadrement pour le maintien du lien contractuel²⁷³ c'est-à-dire le juge doit mettre de l'harmonie dans les relations entre le créancier et le débiteur. Pour ce faire, il doit se baser sur le devoir de bonne foi ainsi que ses corollaires qui lui permettent d'infléchir les conséquences de l'application du droit strict. En sus du maintien du lien contractuel par le juge²⁷⁴, ces pouvoirs doivent être renforcés pour la prise en compte de ces types de contrats que le droit des contrats ne prend pas pour l'essentiel en compte²⁷⁵. Et d'ailleurs cette législation en matière contractuelle est quasiment désuète, c'est la raison pour laquelle nous proposons une réforme du droit des contrats et des obligations, et surtout le droit Sénégalais des obligations qui a son siège dans le COCC²⁷⁶. Il s'agira d'une réforme d'envergure qui va prendre en considération ce moult type de contrat qui ne cesse de se diversifier. Et cette réforme sus évoqué est une nécessité qui se justifie par le développement des activités économiques ayant entraîné la création de nouvelles techniques contractuelles qui prouvent que le droit des contrats s'est métamorphosé dans le sens d'une révolution. C'est ainsi qu'une collaboration entre le législateur et le juge est à encourager pour l'encadrement efficace de ces nouvelles figures contractuelles²⁷⁷. Et nous estimons à l'heure actuelle que le juge doit prendre les devants face à une législation ancienne qui date de 1804²⁷⁸, et de 1963²⁷⁹. Et cela se justifie sous la plume du Professeur François Terre qui reconnaît qu'« *au fur et à mesure que le Code vieillissait, les tribunaux se sont montrés plus hardis* »²⁸⁰ Et Alan PAULS pour sa part estime que : « la jurisprudence est essentiellement tonique ; la jurisprudence

²⁷³ Cass.Com., du 29 juin 2010, dans cette décision de justice, les sociétés SEC et Soffimat ont conclu en 1998, pour une durée de 12 ans, un contrat de maintenance portant sur deux moteurs d'une centrale de production de cogénération moyennant une redevance forfaitaire annuelle. Avec le temps et l'évolution des circonstances économiques, la société Soffimat a été confrontée à de graves difficultés en raison de l'augmentation très sensible du prix des pièces de rechange dont elle doit faire l'acquisition pour réaliser des travaux de maintenance qui lui incombent contractuellement, le montant des redevances dues par la société SEC étant devenu ridicule. Nonobstant ce bouleversement profond de l'économie du contrat, survenu au cours de son exécution en raison d'un changement de circonstances, la société SEC a exigé en référé l'exécution scrupuleuse des engagements contractuels souscrits par son cocontractant. Le juge des référés fit droit à cette demande et condamna ce dernier à exécuter son obligation de révision des moteurs, motif pris que celle-ci n'était pas sérieusement contestable. Donc en sa tenir de cette jurisprudence le juge vielle toujours au maintien du contrat.

²⁷⁴ D. MAZEAUD, « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'unidroit et de la commission Lando », in mélanges Michel CABRILLAC, p. 217 (l'auteur dit le juge peut substituer un facteur référence proche de celui que les parties avaient retenu en vue de la détermination unilatérale du contrat, lorsque celui que celles-ci avaient choisi n'existe pas ou n'existe plus).

²⁷⁵ Voir sur ce point Ibrahima SECK, de quelques mutations des contrats de droit privés, p. 23.

²⁷⁶ Voir sur ce point Papa Talla FALL, « *Requiem pour le COCC* », in *Le COCC, cinquante ans après (regard furtif)*, In Colloque (dir. I. Y. NDIAYE et Autres) *sur le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, op. cit., pp. 337 et s.

²⁷⁷ V. Ibrahima SECK, « Le cadre juridique des contrats de situations en droit Sénégalais », op. cit, p.1 et s.

²⁷⁸ Le code civil français.

²⁷⁹ Le COCC, par la loi n° 63-62 du 10 juillet 1963 et entrée en vigueur le 15 janvier 1967

²⁸⁰ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit, cité par Madame Ndèye Sophie Diagne NDIR, *La pratique des montages contractuels : réflexion sur une figure juridique en construction*, thèse en 2015, p. 101.

en matière de droit des contrats est très fournie et son évolution est franchement révélatrice d'une nécessité impérieuse de réformer. Effectivement le droit français des contrats est essentiellement construit à partir de la jurisprudence. Cela amène certains à parler même d'un droit semi-prétorien, semi-législatif. La matière est donc, en partie, organisée par les juges. Il est dès lors temps de faire un état des lieux de ces décisions, d'intégrer et d'asseoir les deux siècles d'évolution jurisprudentielle au sein de la matière. Il n'existera, alors, plus de décalage important entre l'état actuel de la jurisprudence et les dispositions du droit des contrats... »²⁸¹.

2. La mise en œuvre de son pouvoir d'adaptation

Comme nous l'avons montré plus haut la jurisprudence a opéré une rupture avec le législateur qui n'a suivi plus la nouvelle donne des figures contractuelles. Et sous la plume de madame Ndèye Sophie Diagne NDIR : « L'on pourrait même dire sans risque de se méprendre que la jurisprudence s'est fait une place d'honneur, plus spécialement en droit des contrats, dans le droit positif actuel²⁸² ; elle est incontournable. Elle peut en effet revendiquer et se voir reconnaître la paternité de beaucoup de solutions juridiques remarquables alors même que la loi se distinguait par son mutisme ou ne se manifestait que très imparfaitement »²⁸³. En effet, cette affirmation de madame NDIR ne fait que confirmé notre point de vue qui reste à croire que le juge joue un rôle incontournable sur l'adaptation et la pérennisation²⁸⁴ de ces nouvelles figures contractuelles. ET la haute juridiction avait, dans une affaire, approuvé par une Cour d'appel qui avait condamné à des dommages et intérêts une société pétrolière, liée par un contrat de distribution agréée à un exploitant d'une station-service et qui de par son attitude, qualifiée de mauvaise foi, avait empêché ce dernier de pratiquer des prix concurrentiels ; dans sa solution, le juge rappelait qu'il appartenait à la société pétrolière « d'établir un accord de coopération commerciale. Et d'ailleurs ces nouveaux standards de comportement fraternité, solidarité, loyauté²⁸⁵, s'ajoute des obligations de coopération, de collaboration, de partenariat²⁸⁶ que le juge peut tout bonnement et simplement et contre tenu de ces pouvoirs²⁸⁷ accueillir ces figures contractuelles sus évoqué et assuré leur pérennité.

²⁸¹ A. PAULS, "Faut-il réformer le droit français des contrats", Centre de droit de la consommation et du marché, UMR 5815, Faculté de droit de Montpellier

²⁸² v. C. Cass., ch. civ. et com., 4 décembre 2002, *La SONAM c/ Issa FAYE et El Hadji Modou WADE*, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, arrêt n° 2.

²⁸³ Voir Ndèye Sophie Diagne NDIR, *La pratique des montages contractuels : réflexion sur une figure juridique en construction*, thèse en 2015, p. 102.

²⁸⁴ Cass. com., 3 novembre 1992, *Sté française des pétroles BP c/Michel HUARD*, RTD Civ., 1993.

²⁸⁵ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » op.cit.

²⁸⁶ Jean-Pascal CHAZAL, « Les nouveaux devoir des contractants : est- on aller trop loin op ? », op.cit.

²⁸⁷ Cass., sect., 2 février 1804.

Il s'agit là d'un bon exemple de coopération contractuelle qui ne manque tout de même pas de rappeler des situations où il peut effectivement s'avérer que malgré cette dimension organisationnelle du contrat, le contractant en situation de vulnérabilité peine à accéder à l'intelligibilité du lien obligationnel²⁸⁸. Il subit ainsi, jusqu'à la perte de son intérêt contractuel, la dictature du pouvoir que détient le contractant en position de force. Si on peut à juste titre accorder du crédit à l'ordre normatif privé en ce sens qu'il est basé sur la conception pratique du rapport d'intérêts, on ne peut systématiquement conclure à une généralisation absolue de cette façon d'appréhender socialement le contrat. Les comportements allant dans le sens de la création des déséquilibres excessifs sont possibles²⁸⁹. D'ailleurs c'est ce qui nous permet de dire sans se méprendre que les parties²⁹⁰ ont un rôle frontal à jouer pour l'adaptation et la pérennité de ces nouvelles figures contractuelles. Et contre tenu des pouvoirs et libertés que la loi leur donne pour ne pas citer que les dispositions des articles 41 et suivant du code des obligations civiles et commerciales, nous pouvons espérer que la moindre volonté des parties puisse faciliter la mise en œuvre de ces figures précitées.

B. La mise en œuvre des nouvelles figures contractuelles : une tâche incombant aux parties

En guise de réaction à la nouvelle configuration des relations contractuelles, la tendance dominante aujourd'hui consiste à adopter une sorte de transformation de la théorie générale du contrat et obligation par exception²⁹¹. Cette mutation²⁹² ne peut se faire sans le concours réel de la volonté des parties au contrat à la coopération (1) et à l'exigence de l'empathie entre les parties (2).

1. L'exigence d'une coopération réelle et sérieuse entre les parties au contrat

C'est ce qui fait d'ailleurs le fameux principe de l'effet relatif des conventions qui impose au contrat de produire des effets qu'à l'égard des parties contractantes²⁹³. En outre allons y voir la source principale du contrat d'intérêt commun²⁹⁴ à son article premier qui prévoit : « toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une

²⁸⁸ Ghislain TABI TABI, Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel, thèse en 2011, op. cit.

²⁸⁹ Ces comportements qui tendent à rompre l'équilibre contractuel entre les parties sont corrigés par le juge par l'usage de son pouvoir d'interprétation et d'appréciation des rapports contractuels et de son pouvoir d'anéantir le contrat au besoin.

²⁹⁰ Art 42 du COCC, Les parties sont libres de contracter et d'adopter toute espèce de modalités, donc elles peuvent prévoir tous les types de contrats y compris ces nouvelles figures contractuelles dont nous faisons références sous réserve de ne pas transgresser l'ordre public et les bonnes mœurs.

²⁹¹ V. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, loc. cit., note 18, p. 358.

²⁹² V. Ibrahima SECK, « Des quelques mutations du droit Sénégalais des contrats de droit privé », op.cit.

²⁹³ Art 1165 du code civ.

²⁹⁴ Loi Doubin du 31 décembre 1989.

enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause ». En effet, l'insertion des termes « conclu dans l'intérêt commun des deux parties », illustre la consécration en droit positif, de la notion de contrat d'intérêt commun²⁹⁵. Entendu comme l'union des contractants en vue d'atteindre un but commun, les parties doivent montrer une certaine volonté de collaborer, de coopérer voir une association orientée vers une fin.

En plus les parties contractantes s'organisent et s'activent, autant que possible, à préserver un minimum d'équilibre contractuel en procédant à l'adaptation nécessaire de leur contrat qui se trouve en situation de nécessité²⁹⁶. Elles le font alors en associant dans une conscience contractuelle commune leurs attentes légitimes, leurs peurs, leurs incertitudes ou leur détermination.

2. L'exigence de l'empathie entre les contractants

R. DEMOGUE disait que le contrat « (...) est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union »²⁹⁷. Alors raisonnons sur l'exemple du contrat de concession commerciale que l'on estime que l'effort entrepris pour la constitution d'une clientèle commune suffit à qualifier l'intérêt commun²⁹⁸, puisqu'il y aurait convergence d'intérêts. C'est-à-dire comme nous l'avons bien mentionné plus haut on peut avoir la volonté de faire évoluer la théorie générale des contrats et obligations de réadapter notre législation en matière contractuelle, mais il faut l'indéniable volonté des parties de collaborer de coopération pour la mise en œuvre de ces types de contrats. Chaque partie au contrat doit au nom de la loyauté, de la fraternité, de l'altruisme et du solidarisme contractuel se garder de toute attitude qui peut nuire les intérêts de l'autre et de mettre en œuvre tous les moyens qui peut augmenter la rentabilité du contrat et son efficacité économique.

²⁹⁵ G. VIRASSAMY, *La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989*, J.C.P., 1990, éd. E., II, 15809.

²⁹⁶ Les parties au contrat ont la possibilité de faire valoir leur droit le plus absolue pour sauver le contrat qui peut se trouver dans des situations très sombres par la mise en œuvre des procédés prévue par la loi.

²⁹⁷ R. Demogue, *Traité des obligations en général. Vol. 2, effets des obligations, op. cit.*, n° 3, p. 9.

²⁹⁸ V. Ph. TOURNEAU *Contrats-Distribution*, fasc.1010, n° 104 : « l'objectif commun est le développement de la clientèle, qui sera bénéfique tant pour le concédant que pour le concessionnaire (...). L'intérêt commun procède de la collaboration des deux parties à la réalisation d'une œuvre commune, au sein de laquelle leur intérêt particulier, tout en subsistant, convergent étroitement ».

Par ailleurs nous estimons, que le pouvoir législatif a un rôle fondamental à jouer pour faciliter l'intégration de ces figures contractuelles dans l'ordonnement juridique en y consacrant une réglementation spécifique, et meilleur encore nous proposons une théorie générale des contrats d'intérêt commun ou chaque contrat sus invoqué faisant partie de ce genre de contrat sera règlementé pour assurer une meilleure sécurité juridique et faciliter le travail du juge, qui sera à l'aise pour n'en étant pas confronté à des problèmes d'interprétation.

Conclusion :

L'aboutissement de cette étude nous a permis d'avantage d'avoir une perception beaucoup plus élargit sur la question du contrat d'intérêt commun, qui est aujourd'hui une réalité qui se prolifère de jour en jour, néanmoins la réticence de la théorie générale des contrats et obligation. Et qui a fini par instaurer dans la philosophie contractuelle une maxime de partenariat, qui a pour conséquence la prise en compte de l'intérêt commun dans les relations contractuelles.

Ce souci du partenaire contractuel se heurte nécessairement à la théorie classique des obligations et contrats²⁹⁹, qui puise sa source dans la philosophie libérale et individualiste, et se traduit dans le dogme de l'autonomie de la volonté, et s'il ne rend certes pas compte de toute son évolution³⁰⁰, il n'en demeure pas moins un facteur important.

Dès lors, il convient de noter que la théorie générale des contrats et obligations a subi une évolution fulgurante³⁰¹ qui n'a pas manqué de conséquence, surtout sur les fondements de la théorie classique. Donc, aujourd'hui on assiste à une mutation³⁰² du droit des contrats ce que lui a value un nouveau regard, le contrat n'est plus ce qu'il était, la quintin sens du contrat tire sa source sur l'autonomie de la volonté, mais à l'époque où l'on vit, le contrat est désormais animé par l'esprit collectif³⁰³, de collaboration, de coopération, de solidarité, de fraternité, de loyauté, le contrat s'est transformé³⁰⁴ en quelque sorte. Ce besoin de réactualisation de la théorie générale des contrats et obligations se fait sentir surtout dans le droit positif Sénégalais des contrats³⁰⁵, ou le solidarisme contractuel, la loyauté et la coopération devrait prendre le dessus sur l'idée de l'individualisme voire l'antagonisme contractuel. Ainsi, l'analyse du code des obligations civiles et commerciales laisse inopiné cette idée de solidarité, de collaboration, sauf le régime du contrat de prêt³⁰⁶ ou l'on peut tenter de croire que le législateur a implicitement consacrer cette idée d'altruisme entre les parties au contrat. Il est également, important de comprendre que l'émergence des contrats d'intérêt commun est due à l'évolution des activités économiques, en

²⁹⁹ V. Ph. LE TOURNEAU, « *Quelques aspects de l'évolution des contrats* », In Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD, p. 349.

³⁰⁰ V. I. Y. NDIAYE, « *Leçon inaugurale : Le COCC, cinquante ans après (regard furtif)* », In Colloque (dir. I. Y. NDIAYE et Autres) *sur le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, vol.1, 2018, op. cit, p. 31.

³⁰¹ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : La nouvelle devise contractuelle ? », op.cit. p. 624.

³⁰² Voir Ibrahima SECK, « Des quelques mutations du droit Sénégalais des contrats de droit privé », op.cit.

³⁰³ D. MAZEAUD, « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Undroit et de la commission Lando », op. cit.

³⁰⁴ Catherine THIEBIERGE, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD. CIV.* Op.cit., p. 357 et s.

³⁰⁵ V. I. Y. NDIAYE, « *Leçon inaugurale : Le COCC, cinquante ans après (regard furtif)* », in Colloque (dir. I. Y. NDIAYE et Autres) *sur le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, vol.1, 2018, p. 13

³⁰⁶ Art 525 et s, du COCC.

raison des impératifs économiques, le contrat n'est plus analysé en termes d'intérêts antagonistes, mais plutôt sur l'esprit de collaboration qui permettrait de parvenir à des rapports équilibrés et égalitaires. Alors sur l'équilibre contractuel, le contrat d'intérêt commun est la parfaite illustration, et la communauté d'intérêt dans les relations contractuelles est devenu à présent un élément incontournable dans le droit des affaires. En effet, avec l'évolution des activités économiques, un renouvellement de l'ordre juridique classique du système contractuel s'impose et met les parties à égal dignité.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux, traités et Dictionnaires

- AULOY (J.C.) et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 4ème, éd. Dalloz 1966, 517 p.
- BELLEY (J.G.), *Le contrat entre droit, économie et société*, éditions Yvon Blais, 2006.
- BADJI (P.S.A), *Pour un droit des affaires quand une approche pluridisciplinaire du droit s'impose*, le Harmattan Sénégal, 2018, 523 P.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations*, tome IV, éd. PUF, Paris, 2000, 665 p.
- COURDIER-Cuisinier (A.-S.), *Le solidarisme contractuel*, Lexisnexis 2004, 600 p.
- COLLART Dutilleul Philippe DELEBECQUE (F.), *contrats civils et commerciaux*, 11ème, éd. Dalloz 2019, 1084 p.
- DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris 1923-1933, 772 p
- Fabre-Magnan (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ, 2014, 596 p
- GHESTIN (J.), *La notion de contrat* Recueil Dalloz 1990 p.147.
- GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, t. II, Les obligations, le contrat*, RIDC, 1980, 846 p.
- L'HEUREUX (N.), *Droit de la consommation*, 5e éd., Cowansville Yvon Blais, 2000
- Laurent AYNES (P. M) et GAUTIER (P.Y), *Les contrats spéciaux*, Cujas, 1999/2000, 722 p
- MONTCHRESTIEN, *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien Paris, 1996, 196 p
- R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, LGDJ, Paris, 1990, 413 p
- SÉRIAUX (A.), *Droit des obligations*, PUF, 2e éd., 1998, 320 p
- TERRE (F.), P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 11e éd., 2013, 1620 p
- Terré (F.), *Introduction générale au droit*, précis Dalloz, 9e éd., 2012, 700 p
- WEBER (M.), *Économie et société*, Tome I, Plon, Paris, 1971, 410 p

II. Thèses

- CHAZAL (J-P), *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse de Doctorat, Université Pierre Mendès France, 1996.
- DUDEZERT (F.), *De l'existence d'un principe de confiance légitime en droit privé*, thèse de doctorat, La Rochelle, 2016
- DARMAISIN (S.), *Le contrat moral, (contribution à l'étude de la règle morale dans les obligations civiles)*, thèse de doctorat, Paris II, 1998

E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Économica, thèse de doctorat, Paris II, 1981
 GOUNOT, *Le principe de loto du vol en droit privé*, thèse de doctorat, Dijon, 1912.
 FARJAT (G.), *L'ordre public économique*, thèse de doctorat, Paris, L.G.D.J., 19
 MAHANNA (M.), « La prise en compte de l'intérêt du cocontractant », thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2014
 MEKKI (M.), « *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », LGDJ, Paris, 2004
 NDIR (N. S. D.), *La pratique des montages contractuels : réflexion sur une figure juridique en construction*, thèse de doctorat, UCAD 2015
 SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté*, Paris, Pichon, 1901, 421 p
 ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. dactyl., 2 vol., Paris, 1965

III. Mémoire

NDIONE (S.), *Le solidarisme contractuel en droit positif Sénégalais*, mémoire de master, 2019 à l'UASZ

V. Articles

ANCEL(P.), « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *JCPE* 1998,I, p. 30

ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD CIV*, 1997, p. 771

AULOY (J.C.), « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », *RTD civ.* 1994, p. 239.

AZOULAI (M.) « L'élimination de l'intuitu personae dans les contrats *in* La tendance à la stabilité du rapport contractuel », *LGDJ* 1960, p.1

BELANGER (A.) et TABI TABI (G.), « Vers un repli de l'individualisme contractuel ? l'exemple du cautionnement », *Faculté de Droit de l'Université de Laval*, 2006, p 449

BELLELY (J.G.), « Théories et pratiques du contrat relationnel : les obligations de collaboration et d'harmonisation normative », dans *La pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics*, Conférences Meredith 1998-1999 tenues à l'université McGill le 12 mars 1999 BELLELY (J.G), « Le contrat entre droit, économie et société : étude sociojuridique des achats » d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1998, p 322-323

BOISMAIN (C.), « Les contrats relationnels », *Presses Universitaires d'Aix-Marseille*, 2005, p. 12 et s

BRUNET (A.), « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », étude dédiée à Alex WEILL, p 88 et s

CABRILLAC (M.), « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélange Gabriel MARTY*, Université, Toulouse, 1979, p.246

CHAZAL (J.P.), « *L'autonomie de la volonté et la libre recherche scientifique* », *RDC*, 2004, p. 621.

CHAZAL (J.P.), « Sur la justice contractuelle » *PUF*, p. 3.

CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? » *in colloque*, « La nouvelle crise du contrat », Mai 2001 Lille en France, Actes du colloque, par le centre René DEMOGUE de l'Université de Lille 2003, p. 114 et s

CORNU (G.), « L'évolution du droit des contrats en France », *RID comp.* 1979, p. 447, spéc. **P**, 449

CUMYN (M.), « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », *PUF Thémis*, 2007, p.17 et s

CALAIS-AULOY (J.), « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », *RTD, civ.* 1994, p. 239

CABILLAC (M.), « Remarque sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélange Gabriel Marty, Univ. Toulouse*, 1979, p. 246

JAMIN (C), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », 2001, p. 441

CEDRAS (J.), « Liberté, égalité, contrat. Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapport 2003*, p. 215

DEMOGUE (L.), « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD civ.* 1907, p. 245

DELEBECQUE (Ph.), note sous *Cass. civ. 2e*, 19 juin 1996,

DIESSE (F.), « Le devoir de coopération dans le contrat », *Dalloz/ Archives de philosophie du droit*, 1999, p 262 et s

FALL (P.T), « *Requiem pour le COCC* », In *Le COCC, cinquante ans après (regard furtif)*, in Colloque (dir. I. Y. NDIAYE et Autres) *sur le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, p 63

FENOUILLET (D.), « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? » *RDC* 2011, p. 644

GOUNOT (E.), « Le principe d'autonomie de la volonté, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique », éd. A. Rousseau Editeur, Paris, 1912, p 38 et s

GHESTIN (J.), « Conformité et garanties dans la vente », *RIDC* 1983, p. 868-871

GRIGNON (Ph), « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », in *mélanges*

Michel CABRILLAC, p 149 et s

HAROCHE (C.), « La compassion comme amour social et politique de l'autre au XVIIIème siècle », *cahier de la recherche sociologie*, p 11

JAMIN (CH.), « *Le solidarisme contractuel. Un regard franco-québécois* », Montréal, *Thémis*, 2005, p 14

JAMIN (CH.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Mélanges Jacques GHESTIN*, LGDJ, Paris, 2001, p. 441

JAMIN(CH.), « Réseaux intégrés de distribution : De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP* ; Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil, s. p. 902

JESTAZ (Ph.), « Rapport de synthèse Quel contrat pour demain ? », in *La nouvelle crise du contrat* », p. 244

MAZEAUD (D.), « L'attraction du droit de la consommation », *RTD.com*.1998, p.95

MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise », in *Mélanges François TERRE*, p 611 et s

MAZEAUD (D.), « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, p. 135 et s.

MAZEAUD (D.), « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat, in *Le solidarisme contractuel* », p. 58.

MAZEAUD (D.), « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », *LPA* 7 mai 2004, p. 47

MAZEAUD (D.), « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'unidroits et de la commission Land », in *mélanges Michel CABRILLAC*, p. 217

MALAUURIE (Ph.), « Mutations du droit des contrats », *Petites Affiches*, 2008, p 4

Malaurie (Ph.), « Le retrait d'associé n'est pas susceptible de rescision pour lésion », 1997, p 216

MARTIN (X.), « Nature humaine et Code Napoléon », *Revue Droits*, 1985, p. 117 s.

MARTIN (A.), « Étude critique du devoir d'exécuter de bonne foi », 1997, p. 17.

MESTRE (J.), « *Bonne foi*, in *Principes du droit européen du contrat, regards croisés avec le droit Français* », *PU Aix Marseille* 2003, p 42

MESTRE (J.), « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ*.1986, p.101

MIGNOT (M.), « De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité », *RRJ*, 2004, p. 2153 et s

MUNCK (PH. S), « Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain », *PUAM*, 1994, spéc. p. 38 et s

NDIAYE (C.A.W), « Libre propos sur la protection du consentement » cinquante années après, *in* Colloque (dir. I. Y. NDIAYE et Autres) *sur le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, vol.1, 2018,

NDIAYE (I. Y.), « *Leçon inaugurale : Le COCC, cinquante ans après (regard furtif)* », *in* Colloque (dir. I. Y. NDIAYE et Autres) *sur le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, vol.1, 2018

LEVENEUR (L.), « Le solidarisme contractuel : un mythe, *in* Le solidarisme contractuel », *Économica*, Paris, 2004, p. 173 et s

LEBRETON (S.), « *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes. Étude particulière aux contrats de distribution* », 2002, p 227

LIBCHABER (R.), obs. sous Cass. civ, 13 mai 2003, Bull. civ. L'insensibilité des, auteurs du code civil à l'altruisme, Rev. hist. dr. fr. et étranger 1982

PAULS (A.), "Faut-il réformer le droit français des contrats", Centre de droit de la consommation et du marché, UMR 5815, Faculté de droit de Montpellier, p 15 et s

PHILIPPE (G.), « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », *in* Mélanges M. CABRILLAC, p.127.

ROLLAND (L.), « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 R.D. McGill, p 903

RIPERT (G.), « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *in* Mélanges Gény, 1934,p 374

SECK (I), « Des quelques mutations du droit sénégalais des contrats de droit privé » *Annales africaine*, p 5 et s

SECK (I.), « *Réflexions sur le cadre juridique des contrats de situation en droit sénégalais* », *Annales africaine*, p 1et s

THIBIERGE (C.), « Libre propos sur la transformation du contrat », *RTD. CIV* 1997, p. 357.

TOURNEAU (Ph.), « *Quelques aspects de l'évolution des contrats* », *In* Mélanges offerts à RAYNAUD (P.), p. 349

TABI (G.) « Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel : du volontarisme ausolidarisme, *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke (R.D.U.S)*, 2014, p 1 et s

VI. Législation

Acte uniforme relatif au droit commercial général

Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économiques

Le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal

Le code civil Français JO de la République Française de 1804

Le code de commerce Français JO de République Française de 1804

Le décret 78-464 du 24 mars 1978.

La loi Doubin du 31 décembre 1989

La loi 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social

La loi 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile

La loi du 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit

La loi 78-23 du 10 janvier 1978 relative à la protection et l'information des consommateurs de produits et services.

Loi du 31 décembre 1989, avec son décret d'application du 4 avril 1991.

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

VII. Jurisprudence

Ass, plen, dans un arrêt du 1er décembre 1995,

CA le 07 décembre 1984

Cass. Com., 20 nov. 1979 : Bull. civ. 1979, IV, numéro 298 Cass. 3^e civ. 27 mars 2002

Cass. ass. plen. 1 déc. 1995

C. cass, 10 mai 1989,

C. cass, première chambre civile du 22 mai 1996

C. cass, dans sa première chambre en date du 3 juillet 2001

C. cass, chambre sociale en date du 27 février. 2007

Cass. civ. 1^e, 11 juin 1996, Bull. civ. I, n° 245. Cass.

soc. 22 janv. 1992, n° 267

Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-18.444, JurisData n° 2007-037690

Cass. com., 8 juill. 2008, no **07-12.759**

Cass. com., 24 nov. 2009, no 08-19.596

Cass. com., 29 févr. 2000, n° 97-15.935, Juris Data n° 2000-000750

Com., 3 juill. 2001, no 98-16.691

Cass. com., 6 juill. 1993, no 91-15.469

Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-11.450

Cass. com., 18 janv. 2000, n° 97-21.368)

Cass. Com 3 novembre 1992, obs. G. VIRASSAMY, RTD civ. 1993, obs. D. Mazeaud, RTDciv.

1999.

Cass.Com., du 29 juin 2010,

C. Cass., ch. civ. et com., 4 décembre 2002, *La SONAM c/ Issa FAYE et El Hadji Modou WADE*,

Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, arrêt n° 2.

Cass. com., 3 novembre 1992, *Sté française des pétroles BP c/Michel HUARD*, RTD Civ., 1993.

Cass., sect., 2 février 1804

VIII. WEBOGRAPHIE

[www.village-justice.com/articles /bonne-foi-loyauté-droit des contrats,23007 .html](http://www.village-justice.com/articles/bonne-foi-loyauté-droit-des-contrats,23007.html). Par

François Campagnola, consultez le 25/06/2023.

<http://www.legifrance.gouv.fr>

<http://www.actualitesdudr>

Table des matières

INTRODUCTION :.....	1
Chapitre 1 : le contrat d'intérêt commun : un contrat sui generis	9
Section1 : L'émergence de nouveaux fondements du contrat	9
Paragraphe1 : le principe du solidarisme : fondement du contrat d'intérêt commun	11
A. Le solidarisme contractuel : un facteur de conciliation des intérêts des contractants	
11	
1. La notion de solidarisme contractuel	11
2. Le solidarisme : une réplique au déséquilibre contractuel	13
B. Le solidarisme contractuel : nécessaire lisibilité du lien obligationnel	14
1. L'exigence d'une collaboration.....	15
2. L'exigence d'une moralité comportementale.....	17
Paragraphe 2 : le principe de la fraternité : fondement du contrat d'intérêt commun	19
A. Le principe de la fraternité : un moyen de dépassement de l'hypertrophie de la	
notion de bonne foi.....	19
1. La bonne foi : une norme de comportement	20
2. La fraternité une vue d'esprit	22
B. Le principe de la fraternité : un moyen de dépassement des insuffisances du	
solidarisme contractuel.....	23
1. Un remède à l'illusion du solidarisme contractuel.....	23
2. Un principe substituant le solidarisme contractuel	25
Section 2 : L'originalité du contenu du contrat d'intérêt commun.....	26
Paragraphe 1 : L'effritement de la théorie de l'autonomie de la volonté	26
A. La restauration de la justice contractuelle.....	27
1. La remise en cause de la théorie de l'autonomie de la volonté.....	28
2. L'émergence de nouveaux fondements en droit des contrats.....	29
B. Le développement de l'ordre public de protection et économique.....	30

1.	Le développement de l'ordre public de protection.....	31
2.	Le développement de l'ordre public économique	32
	Paragraphe 2 : la prédominance de la bonne foi et de la loyauté dans les relations contractuelles	33
A.	La prédominance de la bonne foi dans les relations contractuelles	33
1.	La bonne foi : une norme de conduite contractuelle	33
2.	Les fonctions de la bonne foi	34
B.	La prédominance de la loyauté dans les relations contractuelles.....	37
1.	L'exigence de la loyauté dans la phase précontractuelle	37
2.	L'exigence de la loyauté au cours de l'exécution du contrat	39
	Chapitre 2 : L'intérêt du particularisme du contrat d'intérêt commun	41
	Section 1 : L'attention bienveillante aux intérêts des parties au contrat	41
	Paragraphe 1 : un compromis entre les intérêts antagonistes.....	42
A.	L'Obligation d'exécuter le plus utilement possible le contrat	43
1.	La recherche de l'utilité du contrat	43
2.	La recherche de l'efficacité économique du contrat	44
B.	L'Obligation de vigilance pour la sauvegarde de l'intérêt commun.....	45
1.	La recherche commune de la vigilance par les contractants	45
2.	La mise en œuvre de l'obligation d'information.....	46
	Paragraphe 2 : La restauration de l'équilibre contractuelle	47
A.	Le renouvellement du cadre juridique classique.....	47
1.	Les discrédits de l'ordre juridique classique	47
2.	Le renouveau de l'ordre juridique moderne	48
B.	Les remèdes contre les déséquilibres contractuels.....	49
1.	La prospection de l'équilibre contractuel.....	50
2.	Les procédés de lutte contre le déséquilibre contractuel.....	51
	Section 2 : L'évolution souhaitée de la théorie classique des obligations et contrats	51

Paragraphe 1 : Dépassement de la rigidité des principes traditionnels du contrat.....	51
A. La souplesse des principes traditionnels	52
1. Une souplesse réelle	53
2. L'émergence de nouveaux principes en droit des contrats	54
B. L'émergence de la charité contractuelle justifiant l'équité entre les parties.....	55
1. La charité contractuelle	55
2. L'équité contractuel.....	56
Paragraphe 2 : L'adaptation et la pérennité des nouvelles figures contractuelle : une tâche dévolue au juge et aux parties	57
A. Une tâche dévolue au juge	58
1. La mise en œuvre de son pouvoir d'encadrement.....	59
2. La mise en œuvre de son pouvoir d'adaptation.....	60
B. La mise en œuvre des nouvelles figures contractuelles : une tache incombant aux parties	61
1. L'exigence d'une coopération réelle et sérieuse entre les parties au contrat	61
2. L'exigence de l'empathie entre les contractant	62
Conclusion :.....	64