

UNIVERSITE ASSANE SECK DE ZIGUINCHOR



UFR des Sciences Economiques et Sociales

Département de sciences juridiques

Spécialité : Droit privé fondamental

MEMOIRE DE MASTER

**Thème : Le solidarisme contractuel en droit positif
sénégalais**

Présenté par : M. Saliou NDIONE

Sous la direction de : Dr. Philippe BASSENE

Enseignant chercheur au Département des sciences juridiques de l'UASZ

Soutenu publiquement le 22 Mars 2019 à l'UASZ devant le jury

composé de :

-Président : Pr Abdoul Aziz DIOUF, Agrégé des Facultés de Droit (UCAD)

-Membres du jury :

Dr. Philippe BASSENE, Enseignant-Chercheur au Département des sciences juridiques de l'UASZ

Dr. Geneviève Bremond SARR, Enseignant Chercheur au Département des sciences juridiques de l'UASZ

Année universitaire : 2017-2018



« 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. »

REMERCIEMENTS

- ✓ **A notre directeur de mémoire, le Docteur Philippe BASSENE, enseignant chercheur au département de sciences juridiques de l'UASZ**

Nous vous remercions très sincèrement cher Docteur. Nous vous sommes reconnaissant pour votre disponibilité sans faille durant tout le temps qu'a duré ce travail. Nous louons vos qualités pédagogiques, scientifiques et humaines. Nous avons beaucoup appris à vos côtés : votre patience, votre compréhension, votre générosité et vos sages conseils n'ont jamais fait défaut. Nous vous adressons notre profonde et éternelle gratitude.

- ✓ **A tous les Professeurs et intervenants du département de sciences juridiques de l'UASZ**

Chers Professeurs, vous n'avez guère lésiné sur les moyens pour façonner nos âmes, nos intellects afin de nous transmettre une bonne part de vos connaissances et nous inculquer des valeurs. Sur ce, nous vous remercions très sincèrement et vous exprimons notre profonde gratitude.

- ✓ **Aux membres du Jury**

Monsieur le Président, Messieurs les Membres du jury, vous avez accepté de consacrer votre précieux temps à l'appréciation de ce modeste travail. Nous vous en rendons chaleureusement hommage ;

- ✓ **Nos remerciements**

A ceux qui de loin ou de près ont contribué à la réalisation de ce travail.

DEDICACES

- ✓ A la mémoire de notre cher père Ameth NDIONE et de notre chère mère Aminata GUEYE, douloureusement arrachés à notre affection. Le souvenir de vos précieux conseils, de vos infinis encouragements et surtout de vos prières nous a donné la force de mener ce travail à son terme.

- ✓ A nos frères et sœurs, notamment l'ainé de notre famille Moustapha NDIONE.
Soyez remerciés infiniment pour tous les sacrifices consentis à notre égard.

- ✓ A notre oncle Abdoulaye NDIONE pour son soutien indéfectible et ses sages conseils.

- ✓ A la famille COLY de Boucotte Sud Grand Dakar Ziguinchor.
Chers tuteurs, vous nous avez accueilli et traité comme un membre votre famille et cela a été déterminant pour la poursuite de nos études supérieures.
Nous vous remercions pour votre générosité sans faille.

- ✓ Enfin, à tous les amis et camarades de classe ;
Pour la serviabilité et la disponibilité dont vous avez fait montre.

« Instrument de prévisibilité au service de la sécurité, il constitue une bulle protégée des influences extérieures, un monde clos sur la stabilité duquel les parties peuvent compter.

Aujourd'hui...se multiplient les signes qui invitent à le considérer autrement ».

C. THIBIERGE-GUELFUCCI, "Libres propos sur la transformation du droit des contrats", RTD civ, avril-juin 1997, p. 359.

LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS

Al.	Alinéa
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la cour de cassation française
Art.	Article
Arch. philo. Droit.	Archive de philosophie du droit
AJDJ.	Actualité juridique de droit et de jurisprudence
AUDCG.	Acte uniforme sur le droit commercial général
AUSCGIE.	Acte uniforme sur les 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
Défrénois	Répertoire du notariat Défrénois
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
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

REMERCIEMENTS.....	IV
DEDICACES	V
LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS.....	VII
SOMMAIRE	X
INTRODUCTION GENERALE	- 1 -
Titre I : LE SOLIDARISME CONTRACTUEL, UNE PLACE MITIGEE EN DROIT POSOTIF SENEGALAIS	- 11 -
Chapitre I : L'appréciation de la consécration du solidarisme contractuel en droit positif sénégalais.....	- 12 -
Section I : L'existence d'une consécration tacite	- 12 -
Section II : L'existence de corollaires du solidarisme contractuel.....	- 19 -
Chapitre II : L'appréciation de l'utilité du solidarisme dans les relations contractuelles -	28 -
Section I : Le solidarisme contractuel en action	- 28 -
Section II : Le solidarisme contractuel en expansion	- 33 -
TITRE II : LE SOLIDARISME CONTRACTUEL, UNE UTOPIE CONSTRUCTIVE ..-	40 -
Chapitre I : L'absence d'une mise en œuvre du solidarisme par les parties	- 41 -
Section I : La prééminence de l'individualisme.....	- 41 -
Section II : Le contrat : une lutte d'intérêt	- 47 -
Chapitre II : Pour un juste milieu par rapport à la perception du solidarisme dans le contrat -	51 -
Section I : La prise en compte du solidarisme contractuel.....	- 52 -
Section II : L'évitement de l'excès de consécration du solidarisme contractuel.....	- 59 -
CONCLUSION.....	- 64 -
Bibliographie :	- 67 -
Tables des Matières.....	- 74 -

INTRODUCTION GENERALE

Le contrat est un outil décisif conceptuel qui permet de promettre, d'échanger, d'établir des rapports de pouvoir et de créer des êtres juridiques. Il constitue un outil polyvalent et omniprésent, car même si on peut rester toute une vie sans avoir affaire au droit pénal, il est difficile de rester une journée sans conclure un contrat¹. Le contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes ayant pour objet ou pour effet de créer des obligations². Il trouve son fondement classique dans ce qu'on appelle le principe de l'autonomie de la volonté. Ce principe met l'accent sur la volonté individuelle qui est la source essentielle de toute obligation. Il pose l'idée selon laquelle l'homme est obligé uniquement lorsque qu'il l'a voulu et dans la mesure où il l'a voulu³. L'autonomie de la volonté, après avoir régné en maître au XIXe siècle, au moins dans le domaine du contrat, aurait reculé sous le coup des critiques doctrinales qui lui ont été adressées au début du XXe siècle et de la montée de l'impératif qui a caractérisé la période de l'entre-deux-guerres et engendré ce qu'il est convenu d'appeler la « crise du contrat⁴ ». C'est dans ce contexte et pour mettre fin, aussi, aux inégalités qui sévissaient dans le domaine du contrat que la doctrine s'est échinée à trouver d'autres fondements au contrat. Parmi ces fondements, nous avons l'analyse économique⁵ du contrat, l'utilité sociale⁶ du contrat, la théorie des attentes légitimes⁷ et le solidarisme contractuel qui fait l'objet de cette présente étude. Le solidarisme contractuel est né en France à la fin du XIXe siècle⁸. Ce mouvement est l'œuvre de Demogue⁹. 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 à la satisfaction des attentes légitimes de l'autre¹⁰. Les vulnérabilités respectives des parties au contrat ne peuvent être ignorées. C'est dire que l'une des parties ne doit pas profiter de la faiblesse de l'autre pour tirer des avantages. Le climat social dans lequel naît la doctrine du

¹ J. L. CORREA, *Cours de droit des obligations*, UASZ, SJ, 2013-2014, inédit, p. 16.

² Art. 40 COCC, définition du contrat, « *Le contrat est un accord de volontés générateur d'obligations* ».

³ J.L. CORREA, *Cours de droit des obligations*, op.cit.

⁴ Y. LEQUETTE, *Libres propos*, Annuaire de l'Institut Michel VILLEY - Volume 4 – 2012.

⁵ M. DESCHAMPS ; F. MARTY, « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? » *Méthodologie Juridique- Droit prospectif/ Revue de la recherche Juridique*, n°22, 2008, p. 2541-2569.

⁶ J. GESTIN, *L'utile et le juste dans le contrat*, D. 1982, p. 1.

⁷ J. CARBONNIER, *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, *Journées SAVATIER*. R, cité par H. LECUYER, *Redéfinir la force obligatoire du contrat ?*, Petites affiches, 6 mai 1998.

⁸ C. JAMIN, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », dans GRYNBAUM Luc et NICOD Marc (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, 159 et 161.

⁹ P. REMY, « La genèse du solidarisme », dans L. GRYNBAUM et M.NICOD (dir.), p. 3 et 8.

¹⁰ G. TABI-TABI, « Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel: du volontarisme au solidarisme? », (2014) 44 R.D.U.S. p. 73.

solidarisme est particulier. Il coïncide avec une période où le développement industriel est en plein essor¹¹. La croissance de l'économie capitaliste a pour conséquence le délaissement de la classe ouvrière. Celle-ci se trouve en situation d'impuissance¹². La ruée des individus de cette classe vers les entreprises et usines des opérateurs économiques est telle que l'on constate à l'époque que de nombreux contrats ne sont pas négociés¹³. Il s'en suit une multiplication des accidents industriels dont l'indemnisation se heurte à l'inadaptation du système juridique en vigueur. En effet, le climat intellectuel qui prévalait au moment de la survenance de ces différends était dominé par la méthode de l'exégèse¹⁴. Conformément à la trilogie des conditions de mise en application de la responsabilité civile : la faute, le dommage et le lien de causalité, aucune indemnisation ne peut être accordée si l'un de ces éléments fait défaut. Or, au regard des réalités pratiques, on ne peut plus continuer à soutenir l'autonomie de la volonté pour ce qu'elle est, pas plus qu'on ne saurait maintenir intact un système de responsabilité fondé sur la faute qui est difficile à prouver¹⁵. De là, éclatent en France des troubles importants qui menacent la crédibilité même des institutions étatiques. Naît alors la question sociale qui est définie comme étant un déficit de réalité sociale dans l'imaginaire politique de la république¹⁶. La situation économique désastreuse de la classe ouvrière contraste avec l'égalité souveraineté politique de tous, matérialisée par le droit de vote¹⁷.

Pour répondre à la demande de la classe ouvrière, les civilistes s'intéressent désormais à l'étude des sources du droit. Aux côtés de la loi, la jurisprudence qui a pour mission de dire le droit devrait désormais jouer un rôle important dans la compréhension concrète des situations conflictuelles¹⁸. Qu'ils soient de droite, les libéraux, ou de gauche, les socialistes, ou encore au centre de l'échiquier politique, les solidaristes, tous semblent s'accorder sur une certitude : l'impossibilité pour la philosophie libérale et individualiste d'assurer à l'état l'harmonie sociale et donc, en matière contractuelle, l'équilibre¹⁹.

¹¹ G. TABI-TABI, « Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel: du volontarisme au solidarisme? », (2014) 44 R.D.U.S. Loc. cit.

¹² id.

¹³ id.

¹⁴ C. JAMIN, « Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », (2006) 56 R.I.E.J.5, p. 6-7.

¹⁵ C. JAMIN, « Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », op.cit. p. 13-14.

¹⁶ J. DONJELOT, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, 1994, p. 33.

¹⁷ C. JAMIN, « Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 8.

¹⁸ C. JAMIN, op.cit., p. 13.

¹⁹ C. JAMIN, Cité dans Ghislain TABI-TABI, « Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel: du volontarisme au solidarisme? », (2014) 44 R.D.U.S. p. 73.

Mettant en cause le dogme de l'autonomie de la volonté, Durkheim, Saleilles, Duguit, Gounot, Demogue et, dans une certaine mesure Josserand œuvrent pour une meilleure prise en compte du solidarisme dans les relations contractuelles. Tous inspirés de la philosophie solidariste de Bourgeois et Fouillé, ils rompent avec la philosophie rousseauiste du contrat social²⁰. La pensée de chacun de ces auteurs présente des particularités, des nuances, mais l'essentiel les réunit : faire prévaloir, dans le droit des contrats, le collectif sur l'individuel, la coopération sociale sur l'égoïsme particulier et la solidarité sur la liberté. Sous la plume de Demogue, la bonne foi n'assume plus seulement une double fonction interprétative et sanctionnatrice, elle est source d'un devoir de coopération entre les contractants²¹, transformant ainsi le contrat en « *une petite société où chacun doit travailler dans un but commun*²² ». Cette conception, qui est restée minoritaire en doctrine pendant le XXe siècle a connu un remarquable renouveau au cours de la dernière décennie de celui-ci avec des auteurs comme C. Jamin²³ et D. Mazeaud²⁴. Les solutions²⁵ concrètes auxquelles conduit le solidarisme contractuel, ainsi que la place centrale accordée au juge, sont le plus souvent semblables à celles fondées sur l'équité contractuelle. Toutefois, certains auteurs comme, Guelfucci Thibierge²⁶ pensent pouvoir aller plus loin en prônant un impératif de fraternité ou d'amitié entre contractants, ce qui semble pousser un peu loin l'exigence de solidarité et de coopération et par trop oublier l'existence d'irréductibles antagonismes au sein du contrat.

À côté de la doctrine, la jurisprudence s'est illustrée, car ayant joué un rôle décisif dans le combat tendant à considérer le solidarisme comme le piédestal du contrat. Cela s'est fait par le biais d'une interprétation extensive de certains concepts comme la bonne foi²⁷, l'équité et l'usage²⁸ énoncé par le législateur dans le code civil. Cette extension a fait l'objet d'une foultitude de jurisprudences relatives à certaines obligations. Il s'agit de l'obligation

²⁰ J. P. CHAZAL. *Justice contractuelle*. CADIET, Loïc. Dictionnaire de la justice, Presses Universitaires de France (PUF), 2004. <hal-01027783>, p. 9, 10.

²¹ Id.

²² R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, Paris, Rousseau, p. 9.

²³ C. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in Études offertes à J. GHESTIN, Le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ. 2001, p.441.

²⁴ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in L'avenir du droit, Mélanges ne hommage à F. Terré, PUF. Dalloz, éd. Juris-classeur, 1999, p.617.

²⁵ Parmi ces solution nous pouvons retenir : la sanction de l'abus dans la fixation des prix, l'éradication des clauses abusives, la promotion des devoirs de loyauté et de coopération, l'admission de la révision pour cause d'imprévision, les restrictions apportées à la liberté de rompre les contrats de distribution, etc.

²⁶ C.G THIBIERGE, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, Revue trimestrielle de droit civil, 1997, p.357.

²⁷ Art. 1104 du code civil « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ».

²⁸ Art. 1194 du code civil « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* ».

d'information²⁹, de sécurité, de coopération, de proportionnalité³⁰, celle de réviser le contenu du contrat³¹ et le devoir de bonne foi³². Les écrits de la doctrine et les jurisprudences afférentes au solidarisme contractuel sont d'une utilité remarquable, car ils n'ont manqué d'influer sur la réforme du droit des contrats intervenue en France. Il s'agit de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Celle-ci est à l'origine de l'introduction, dans le Code civil, de trois actions interrogatoires qui concernent le pacte de préférence³³, les pouvoirs du représentant conventionnel³⁴ et la nullité³⁵. Ces trois actions tendent à augmenter la sécurité juridique des parties concernées en leur évitant d'avancer inutilement sur un terrain juridique susceptible de réduire à zéro toutes leurs prévisions, démarches et efforts à *posteriori* en purgeant sans délai des sources d'éviction de leurs droits. D'autres éléments tels que la révision pour imprévision³⁶

²⁹ Civ. 3ème 21 mars 2001, D. 2001, IR., 1220. « *L'obligation d'information préalable du client par son avocat, quant aux conditions de fixation des honoraires* »

Civ. 1ère 30 janvier 2001 JCP. 2001 IV 1527 qui, afin d'écarter la prescription biennale, considère que « l'obligation particulière d'information et de conseil de l'assureur ne dérive pas du contrat d'assurance ».

Cass. Civ. 1ère, 4 octobre 1977, G.P., 1978, 1, 262. Le vendeur professionnel a été condamné, qui connaissait la destination de ces tuiles et qui était, dès lors, tenu « d'un devoir de renseignements à l'égard des acquéreurs ».

³⁰ Civ. 1ère 3 mars 1998 II 10115 note Sainte-Rose.

³¹ Com. 3 novembre 1992 JCP 1993 II 22164 note VIRASSAMY; RTD.civ. 1993, 124 obs. MESTRE; Defrénois 1993, 1377 obs. Aubert ; Com. 24 novembre 1998, JCP 1999 II 10210 note PICOD ; ibid I 143 n°6 obs. JAMIN; Defrénois 1999, 371 obs. D. Mazeaud ; RTD.civ. 1999, 98 obs. MESTRE ; ibid 646 obs. GAUTIER.

³² La prohibition, dans les contrats de distribution, de la pratique de prix excessifs par rapport au marché Com. 28 mars 2000, Droit & Patrimoine 2000, n°86, p.101 obs. CHAUVEL. Une partie contractante doit, avant de résilier une convention, vérifier que sa décision ne cause pas un déséquilibre contractuel injuste en ne permettant pas l'amortissement des investissements contractuellement engagés Com. 20 janvier 1998, D. 1998, 413 note JAMIN ; JCP. 1999 II 10018 note CHAZAL.

³³ Art. 1123 code civil « *Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu* ».

³⁴ Art. 1158 code civil « *Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte.*

L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte ».

³⁵ Art. 1183 code civil « *Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé* ».

L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé.

³⁶ Art. 1195 code civil « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation.

ont été pris en compte par ladite réforme, etc. Partant, le droit français a connu une avancée significative du fait de cette réforme qui a conféré au juge, des pouvoirs plus étendus, lui permettant de s’immiscer dans le jeu contractuel. Même si d’aucuns y voient une fragilisation du lien contractuel du fait de l’insécurité, il est important de comprendre que cela n’est qu’une vue de l’esprit. Le juge aura, en effet, toute la latitude d’assurer l’équilibre du contrat et de pallier les inégalités inhérentes à la position de faiblesse de l’une des parties.

Ainsi, cette étude serait dépourvue d’utilité si l’on ignore ce à quoi renvoie le solidarisme contractuel. Etymologiquement, il vient du latin « solidus » qui signifie entier, consistant, lien unissant entre eux les débiteurs d’une somme. C’est une théorie morale et sociale fondée sur le principe de solidarité entre les hommes³⁷. Il est l’apanage d’une « responsabilité mutuelle qui s’établit entre deux ou plusieurs personnes » ou encore un lien fraternel qui oblige tous les êtres humains les uns envers les autres, nous faisant un devoir d’assister ceux de nos semblables qui sont dans l’infortune. En matière contractuelle, la solidarité³⁸ traduit l’idée d’un devoir moral d’assistance mutuelle, d’entraide entre les parties ou d’un devoir de participer à l’œuvre commune. Elle est également définie comme le devoir de tenir compte des intérêts du cocontractant ou de se mettre à sa place dans l’exécution des engagements souscrits ou dans l’exercice des droits nés du contrat. En tant que « *dépendance mutuelle, la solidarité suppose, ou assure, la prise en charge, par l’un, de tout ou partie des intérêts de l’autre, et par l’autre de tout ou partie des intérêts de l’un* »³⁹.

Du point de vue matériel, elle renvoie donc à l’entraide, la « fraternité contractuelle ⁴⁰ » et à l’interdépendance entre les parties. Cette solidarité peut résulter de la modification de l’environnement du contrat. La doctrine soutient que « (...) le débiteur – au cas où des

A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe».

³⁷ www.toupie.org. (dernière consultation le 15/02/2019).

³⁸ C’est de lui qu’il s’agit lorsque la Cour de cassation exige que le vendeur d’un matériel doit s’informer des besoins de son acheteur, informer celui-ci sur les contraintes techniques de la chose vendue, l’aider à définir ses besoins en informatique et adapter le matériel vendu à ces besoins (Cass. Com. 1er déc. 1992, Société Vitadresse, La vie judiciaire du 21 au 27 juin 1993, p. 8, n° 009056). C’est le même devoir qui est exigé lorsque le professionnel doit tenir compte de l’ignorance de son cocontractant, de sa faiblesse, de son absence de compétence (CA Paris 22 avril 1980, Juris-data n° 433 ; Com. 28 octobre 1986, Bull. civ. IV, n° 195.) ou lorsque la jurisprudence oblige le fournisseur à connaître préalablement les besoins de l’acheteur (CA Toulouse 5 déc. 1979, Expertise, 1980, p. 3) et d’adapter les logiciels fournis aux besoins personnels du client (TGI Melun 2 mars 1988, Soc. OCI et FI, Revue Marchés publics, n° 245, oct. nov. 1989).

³⁹ T. REVET, « L’éthique des contrats en droit interne », in L’éthique des affaires : de l’éthique de l’entrepreneur au droit des affaires, Actes de colloque organisé les 4 & 5 juillet 1996 à Aix-en-Provence, Librairie de l’Université « Éthique et déontologie », 1997, p. 218.

⁴⁰ G. THIBIERGE, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, Revue trimestrielle de droit civil, 1997, p.357.

circonstances imprévues viennent modifier les conditions dans lesquelles le contrat doit s'exécuter – doit agir au mieux des intérêts du créancier et rendre compte à ce dernier de toutes les initiatives qu'il met en œuvre »⁴¹. Ainsi, dans le cadre de la solidarité installée entre les parties par la coopération contractuelle, compte doit être tenu de la situation réelle dans laquelle se déroulent les rapports entre celles-ci. De plus, chaque contractant doit participer à la satisfaction des besoins de l'autre, répondre à son attente légitime, si nécessaire en adoptant une attitude conciliante et bienveillante⁴².

Du point de vue juridique, cette solidarité est l'apanage soit de la nature de certains types de contrats⁴³ soit des caractéristiques particulières des rapports entre les contractants⁴⁴. Parfois aussi, elle est envisagée par les contractants eux-mêmes comme devant être une norme de comportement ayant force de loi⁴⁵ dans l'exécution des obligations ou dans l'exercice des droits nés du contrat. Dans chacune de ces deux hypothèses, la solidarité est érigée en disposition expresse du contrat et, donc, est juridiquement sanctionnée en tant que telle. Par contre, très souvent cette solidarité n'est pas formellement imposée dans le contrat. La jurisprudence déduit son existence de l'importance des relations de proximité ou d'intimité qui existent entre les parties⁴⁶.

L'évolution du droit positif a rendu cette solidarité automatique dans les rapports entre un professionnel et un profane. Ainsi, il est dit que le banquier doit participer à l'information de la caution dans les délais requis afin d'aider cette dernière à exécuter convenablement les obligations prises envers lui⁴⁷. De même le vendeur du matériel et des logiciels doit participer

⁴¹D. MAZEAUD et TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Tome I, n° 704 et s.

⁴² Toutefois, il est important que cette solidarité n'entraîne pas automatiquement une modification du contrat, ce qui de façon regrettable affecterait la sécurité des transactions, alors que le but est de soumettre le contrat aux exigences de la pratique des affaires et donc à l'indispensable coopération des contractants. Car, « toute transaction commerciale est fondée sur l'équilibre des prestations réciproques et que nier le principe reviendrait à faire du contrat commercial un contrat aléatoire, fondé sur la spéculation ou le hasard. C'est une règle de la *lex mercatoria* que les prestations restent équilibrées sur le plan financier... les contrats doivent s'interpréter de bonne foi, chaque partie ayant l'obligation d'avoir à l'égard de l'autre un comportement qui ne puisse lui nuire » (CCI, affaire n° 2291, 1976, Clunet, 1976, 989).

⁴³ C'est le cas de la solidarité imposée par la loi aux codébiteurs d'une même obligation et que l'on rencontre dans les sociétés de personnes entre associés, dans le mandat, etc.

⁴⁴ Voir la solidarité entre le débiteur principal et la caution ; Voir également les articles L. 122-15 et L. 122-14-8 du code de travail.

⁴⁵ Sur la clause de solidarité entre cédant et cessionnaire voir Cass. civ. 3e, 15 janv. 1992, Gaz. Pal. Du 12/12/1992.

⁴⁶ Rappelons l'intéressante sentence de la C.C.I. qui souligne en effet la nécessité de cette solidarité en affirmant que les parties « devraient être parfaitement conscientes que seule une collaboration loyale, totale et constante entre elles pouvait éventuellement permettre de résoudre, au-delà des difficultés inhérentes à l'exécution de tout contrat, les nombreux problèmes résultant de l'extrême complexité dans la formulation et l'enchevêtrement des engagements litigieux... » (Sentence n° 2443, JDI, 1976, p. 991 ; Voir également M. DE BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Éditions, 1990, p. 637).

⁴⁷ Cass. Com. 22 juin 1993, La vie judiciaire du 6-12 déc. 1993, p. 8.

à l'étude et à la réalisation du projet avec l'acquéreur, vérifier les conditions d'utilisation de ceux-ci par rapport au système préconisé⁴⁸. La jurisprudence a parfois poussé plus loin cette exigence de la solidarité du contractant en allant jusqu'à instituer une sorte d'obligation d'immixtion du débiteur dans les affaires de son créancier. Elle exige souvent que le professionnel mette en garde son client, le dissuade d'agir comme il l'entend en sa qualité de professionnel⁴⁹, l'incite à garder son ancien système pendant le démarrage⁵⁰.

Ainsi, la solidarité conduit les contractants à travailler ensemble dans un but commun, à poursuivre des objectifs convergents et à faciliter ou à participer à l'activité de l'autre⁵¹. En effet, dans les contrats exigeant un minimum de coopération, les obligations de l'une des parties ne peuvent être convenablement exécutées sans la participation de l'autre tout comme l'exercice par l'un des contractants de ses droits doit tenir compte de l'intérêt du partenaire. La solidarité est ainsi devenue une unité de mesure de la coopération dans le contrat⁵². Comme le souligne à juste titre un auteur « *il résulte de l'interdépendance et du caractère fonctionnel des obligations accessoires qui gravitent autour des deux obligations principales qu'un devoir général de coopération incombe aux parties* »⁵³. En somme, le solidarisme contractuel se définit à partir de certains éléments tels que la coopération, la prise en compte, la prise en charge, la bonne foi, la loyauté, etc. Il en est de même de ses corollaires que sont l'obligation de sécurité, d'information, de minimiser le dommage.

Ce sujet est d'actualité, car le solidarisme devient de plus en plus le point de mire, la planche de salut du contrat. Il est utile en ce sens qu'il permet de lutter contre le déséquilibre contractuel mais aussi constitue une réplique à l'inégalité contractuelle. Mais que dire de son existence en droit sénégalais ? En droit sénégalais, le législateur semble avoir une position mitigée, car s'il ne l'a pas consacré expressément, ses balbutiements y restent perceptibles.

⁴⁸ CA. Paris, 17 sept. 1993, La vie judiciaire du 6-12 déc. 1993, p. 9, n° 11118.

⁴⁹ Civ. 3e, 7 mars 1968, Bull. III, n° 97 ; Civ. 1er, 8 mars 1978, Bull. I, n° 94 ; Civ. 3e, 24 mars 1982, Bull. III, n° 81 ; Voir Jean-Jacques SARFATI, « Le devoir de conseil de l'entrepreneur », La vie judiciaire 10-16 août 1987, p. 11 à 15.

⁵⁰ Paris, 11 fév. 1984, Expertises, 1984 ; J.-R. BONNEAU, La pratique informatique, éd. Usines Nouvelles 1984, p. 49 ; Ph. Le TOURNEAU, « Quelques aspects des responsabilités professionnelles », Gaz. Pal. 1986-2, doct, p. 617.

⁵¹ F. DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », Arch. phil. droit. 43 (1999), p. 273.

⁵² F. DIESSE, op. cit. p. 274. Assurément, il ne s'agit pas de remettre en cause l'esprit traditionnel de la relation contractuelle définie comme moyen juridique manifestant la rencontre d'intérêts. Il s'agit uniquement d'amener, par ce devoir de solidarité, chaque contractant à adopter une attitude telle qu'elle permette au cocontractant de mieux apprécier le contenu et la portée de son engagement.

⁵³ P. GLAVINIS, *Le contrat international de construction*, GLN Joly éditions, 1993, p. 113, n° 161.

L'article 103⁵⁴ du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal en témoigne largement. Cependant, force est de constater que le législateur fait référence, dans cet article, à l'exécution de bonne foi. Mais comment un contrat peut être exécuté de bonne foi s'il n'est pas conclu de bonne foi ? Donc, c'est dire que la présence de la bonne foi doit être notée à tous les stades du contrat, de la phase des négociations à celle de l'extinction, en passant par celle de l'exécution.

Par ailleurs, certains foulent aux pieds la question de l'existence dudit concept. Ils considèrent le solidarisme comme une utopie en ce sens qu'il n'est pas mis en œuvre par les parties elles-mêmes. Cela résulte de la prééminence de l'individualisme mais aussi du fait que le contrat est une lutte d'intérêts antagonistes. A côté de ceux qui pensent que « *les contractants forment une sorte de microcosme. C'est-à-dire une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun [...]* »⁵⁵, le Doyen Carbonnier soutient le contraire. Il ne manque pas de railler cette idée en ces termes : « *on s'étonnera qu'à une époque où le mariage s'était peut-être trop transformé en contrat, certains aient rêvé de transformer tout contrat en mariage* »⁵⁶. Jean-Pascal Chazal⁵⁷ pense aussi que parler d'amour, d'amitié ou de fraternité à propos des rapports contractuels, c'est, d'une part, galvauder des sentiments nobles et élevés et, d'autre part, se méprendre sur la nature réelle des liens qui se nouent entre contractants. Pour d'autres, « *contracter, ce n'est pas entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de faire ses affaires* »⁵⁸. Jean-Pascal Chazal⁵⁹ fustige également le caractère excessif de l'idée de fraternité qui ne saurait être appliquée aux échanges économiques. Le dévouement fraternel est du domaine de la morale et dépasse de loin les exigences contractuelles. Et l'on a raison d'ironiser sur l'avènement d'un « *monde contractuel meilleur* »⁶⁰ lorsque la fraternité contractuelle est posée comme un « *souci d'altérité et de générosité apte à rendre l'humain vraiment humain* »⁶¹. La fraternité entre contractants, de par son irréalité, est à la fois inutile et perverse au sens

⁵⁴ Art. 103 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 »

⁵⁵ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, Paris, Rousseau, p. 9.

⁵⁶ J. CARBONNIER, *Les obligations*, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, p. 227.

⁵⁷ J.P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? » MAZEAUD Denis, JAMIN Christophe. Colloque "La nouvelle crise du contrat", May 2001, Lille, France. Dalloz, pp.99-,2003. <hal 01053544>, p 18.

⁵⁸ F. TERRE, Simler et LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, Précis, 11^{ème} édition, 2013, n°40-1.

⁵⁹ J. P. CHAZAL. « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? ». Mazeaud, Denis, JAMIN, Christophe. Colloque "La nouvelle crise du contrat", May 2001, Lille, France. Dalloz, pp.99-,2003. <hal 01053544>, op.cit. p. 19.

⁶⁰ F. TERRE, SIMLER et LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, Précis, 11^{ème} édition, 2013 op. cit., n°40.

⁶¹ C. T. GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*. op.cit, p.384.

étymologique du mot. Imposer à un contractant le devoir de vérifier si la fourniture qu'il a reçue lui a été effectivement facturée par le distributeur⁶² revient à mettre à sa charge un devoir de loyauté voire une obligation de collaboration. Pour ce faire, il n'est pas important d'établir un lien de fraternité entre le distributeur d'eau et son client. Elle recèle également un effet pervers qui est de méconnaître une donnée primordiale que l'on retrouve dans beaucoup de contrats : le fait pour la partie en situation de supériorité de profiter de la situation de son cocontractant⁶³. L'exigence de bonne foi doit innover tout contrat mais n'exige aucunement que les parties « *s'aiment*⁶⁴ ». Encore faudrait-il le rappeler, les rapports entre contractants sont des rapports de force, car chacun cherche à défendre ses intérêts et à tirer plus de profit possible. En ce sens, il est important de rappeler que les contractants ne sont pas des ennemis et ne sont pas non plus des frères. Il nous plaît de rappeler que l'idée selon laquelle le contrat découle d'une « *coopération antagoniste* ⁶⁵ » ne date pas d'aujourd'hui. Cela étant, pour faire prévaloir la coopération, on doit veiller à ce que les intérêts égoïstes de l'une des parties ne préjudicient l'autre⁶⁶. C'est en prenant conscience que le contrat est un lien conflictuel, et non un lien fraternel, que l'on pourra efficacement concevoir des moyens juridiques pour protéger certaines parties vulnérables sans toutefois scléroser le dynamisme économique⁶⁷. Au regard de tout ce qui précède, la question qui mérite d'être posée est celle de savoir : « *quelle est la place du solidarisme contractuel en droit positif sénégalais ?* ». Autrement dit, le solidarisme contractuel existe-il en droit positif sénégalais ? Est-il consacré par le législateur sénégalais ?

Le travail que nous entreprenons est une appréciation de la place du solidarisme contractuel en droit positif sénégalais. Tout d'abord il importe de constater ses balbutiements, car le législateur l'a consacré implicitement à travers certaines notions comme la bonne foi mais pas la seule. Ensuite, l'étude de la question de son utilité sera au cœur de nos préoccupations, car il constitue un remède aux déséquilibres contractuels et une réplique aux inégalités. Enfin, cette étude sera soldée d'une critique du solidarisme contractuel, car il faut le dire, ce sont les

⁶² Civ. 1^{ère} 25 janvier 1996 Dalloz 1997, 571 note SOUSTELLE ; Defrénois 1996, 744 obs. DELEBECQUE.

⁶³ J. P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », loc.cit., p. 19.

⁶⁴ id.

⁶⁵ Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ. 4^{ème} éd. 1949, n°40 : « A la condition de respecter les lois et les bonnes mœurs, les contractants ont le droit de débattre de leurs intérêts. C'est alors la lutte des volontés égoïstes, chacun s'efforçant d'obtenir le plus grand avantage moyennant le plus faible sacrifice. Lutte féconde, car elle est productrice d'énergies et conservatrice de richesse, lutte en tous cas fatale, car l'intérêt est le principal mobile des actions humaines, tout au moins, lorsqu'il s'agit de l'échange des produits et des services ».

⁶⁶ J. P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », loc.cit., p. 19.

⁶⁷ id.

parties elles même qui ne mettent pas en œuvre cette solidarité, elles s'intéressent plus à la lutte antagoniste.

Pour une meilleure approche de ce sujet, une étude analytique et prospective du solidarisme contractuel sera faite. C'est à travers cela que l'on pourra apprécier la place qu'il occupe dans notre droit des contrats avant de se livrer à sa critique en passant par l'appréciation de son utilité. Une étude comparative avec le droit français nous permettra de bien trancher sur la position du législateur sénégalais et de faire une prospection. Dès lors, il importe de noter que le solidarisme contractuel a une place mitigée en droit positif sénégalais (**TITRE I**). Cependant, on constate qu'en dehors de son utilité, le solidarisme contractuel n'est qu'une utopie constructive (**TITRE II**).

Titre I : LE SOLIDARISME CONTRACTUEL, UNE PLACE MITIGEE EN DROIT POSITIF SENEGALAIS

Résultant d'un excès de libéralisme contractuel, la différence entre les intérêts respectifs des parties était perçue comme une source d'opposition parce qu'on estimait que la satisfaction attendue par l'une des parties dépendait de l'appauvrissement corrélatif de l'autre. Ce système de vases communicants auquel était soumise l'analyse du contrat est déroutant et inconciliable avec la nature réelle du contrat⁶⁸. Selon la vision solidariste, le contrat n'est donc pas librement formé et sa force obligatoire doit être assouplie au bénéfice du plus faible. 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 sacrifices⁶⁹. Au regard de ce qui précède, il convient de passer en revue le rôle capital que joue le solidarisme dans les relations contractuelles. Il aurait permis de parachuter, dans le droit des contrats, des obligations nouvelles ayant pour objet la protection de la partie faible. Car s'il ne s'agit pas d'ériger tout contractant en incapable, une main secourable n'est sans doute pas inutile en ces temps troublés où les situations de détresse sociale et économique se banalisent⁷⁰. Le solidarisme contractuel gagne de plus en plus du terrain, car même si, pour sa part, le législateur ne l'énonce pas expressément, le juge, dans ses décisions, accorde une place de choix à ses pierres de touche. A ce propos, il exige un minimum de bonne foi et d'entraide dans la formation et l'exécution des contrats, il se montre également très hostile aux clauses abusives de limitation de responsabilité. De même, il exige l'obligation de renégocier en présence d'un déséquilibre économique imprévisible et ruineux...

Partant de toutes ces considérations, la question de l'appréciation de l'existence du solidarisme devient un impératif. En droit français comme en droit sénégalais, il convient de montrer la position du législateur face à cette question afin d'en déduire l'existence. Pour ce faire, nous allons tour à tour faire une appréciation de la consécration du solidarisme (**Chapitre I**) et de son utilité en droit positif sénégalais (**Chapitre II**).

⁶⁸ F. DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du droit des contrat », op.cit., p. 1.

⁶⁹ C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in « Le contrat au début du XXIème siècle », Etudes offertes à J. GHESTIN, L.G.D.J. 2001 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in « L'avenir du droit », Mélanges en hommage à F. TERRE, Dalloz, 1999 (dir.de) C. JAMIN et D. MAZEAUD, "la nouvelle crise du contrat", Dalloz 2003 et (dir. de) L. GRYNBAUM et M. NICOD, « Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ? », à paraître, Economica, 2004.

⁷⁰ S. LA GAP- PECH, « Bâtir un droit des contractants vulnérables », RTD, civ. 2014, p.1.

Chapitre I : L'appréciation de la consécration du solidarisme contractuel en droit positif sénégalais

L'appréciation du solidarisme contractuel en droit positif sénégalais serait tributaire de l'étude de la bonne foi, de l'équité et de l'usage. Comme nous le savons, la bonne foi constitue la pierre angulaire du solidarisme en ce sens qu'elle prône certaines exigences de loyauté, de coopération, d'entraide, etc. La consécration du solidarisme n'est faite expressément, mais elle reste déductible de la volonté du législateur de prémunir les contractants, supposés faibles, de tout abus. Cette volonté s'affiche clairement dans certaines dispositions du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal. En effet, aux termes de l'article 103, les parties doivent se soumettre aux exigences de bonne foi à tous les stades du contrat. Elles doivent aussi respecter les suites que l'équité et l'usage donne à la loi. Tout cela procède du bon vouloir du législateur de protéger les parties de toute dérive. Cependant puisqu'il n'évoque pas directement la notion de « solidarisme », nous ne pouvons que faire une interprétation des dispositions sus évoquées. C'est ce qui nous amène à retenir l'existence d'une consécration tacite (**section I**). L'existence de certains corollaires (**section II**) de la bonne foi sera également mise au cœur des débats dans cette appréciation.

Section I : L'existence d'une consécration tacite

En tant que norme de comportement et ayant des fonctions diverses et indispensables pour la survie du lien contractuel, la bonne foi permet de cerner les contours du solidarisme. L'existence du solidarisme pourrait tout de même être déduite de l'usage et de l'équité contractuelle. Il sera question dans cette partie de faire un tour d'horizon sur les concepts d'usage et d'équité contractuelle (**paragraphe II**) après avoir étudié la bonne foi qui constitue la matrice de l'idée de solidarité (**paragraphe I**).

Paragraphe I : La bonne foi

La bonne foi vient littéralement de l'expression romaine *bona fides*. À Rome, on parlait de bonne foi quand il était question d'une inadéquation du formalisme et de l'évolution de la procédure. Elle constitue l'un des éléments sinon l'élément déterminant sur lequel repose l'idée de solidarité. Cette bonne foi sur laquelle est déduite la philosophie solidariste n'est pas absente des textes. Que ce soit au Sénégal⁷¹ ou en France⁷² ou dans d'autres systèmes juridiques, la consécration de la bonne foi, en matière contractuelle, n'a pas été occultée. A cet égard, les

⁷¹ Art. 103 COCC.

⁷² Art. 1104 du code civil « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ».

récents travaux de l'association Henri- Capitant consacrés à la bonne foi révèlent que des pays tels l'Argentine, le Brésil, le Canada, le Japon, la Pologne ou la Turquie ont succombé à ses charmes⁷³. La bonne foi en tant que norme de comportement (A) regorge des fonctions non négligeables (B).

A. La bonne foi : une norme de comportement

Dans sa version classique et basique, la bonne foi peut être définie comme « *une règle de conduite qui exige des sujets de droit une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intention malveillante* »⁷⁴. Elle constitue une expression polysémique⁷⁵ et son usage, par-delà le droit des contrats, signale une pluralité d'acceptions. Ainsi, la bonne foi visée dans l'usucapion ou dans la cadre du mariage putatif renvoie à l'ignorance légitime d'un fait : c'est une bonne foi 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. Cette idée est sous-tendue par la pensée de Demogue pour qui « *les contractants forment une sorte de microcosme. C'est-à-dire une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun [...]* »⁷⁶. 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.

La bonne foi joue un rôle déterminant dans le processus contractuel, quel que soit le moment. Cela nous permettra de revenir sur ses fonctions dans ledit processus.

B. Les fonctions de la bonne foi

La bonne foi joue une fonction non négligeable à tous les stades du contrat de la formation à l'extinction en passant par l'exécution. Tout d'abord, pendant la formation du contrat le

⁷³ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », op.cit., p. 607.

⁷⁴ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », op.cit., p. 610.

⁷⁵ www.prepa-isp.fr (dernière consultation le 02/02/2019).

⁷⁶ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, Paris, Rousseau, p. 9.

législateur exige un minimum de bonne foi. Ainsi, aux termes de l'article 61⁷⁷ du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal il n'y a point de consentement valable si le consentement a été surpris par dol ou extorqué par violence. Concernant le dol, le juge ne sanctionne pas seulement l'acte actif qui consiste à utiliser des manœuvres pour obtenir le consentement de l'autre partie, il réprime aussi l'acte passif à savoir la réticence dolosive. La réticence dolosive consiste à ne pas exécuter intentionnellement une obligation d'informer préexistante. Nombres d'arrêts⁷⁸ récents, assignant une importance accrue à la bonne foi dans la formation du contrat, estiment que chacun est spontanément débiteur d'une obligation d'informer susceptible de déterminer le consentement de l'autre. La réticence dolosive est caractérisée dès lors que l'information n'est pas donnée. Elle rend toujours excusable l'erreur provoquée. Quant à la violence, le juge sanctionne l'attitude de l'une des parties visant à abuser de la situation de dépendance de l'autre. Dans un arrêt de la chambre civile de la cour de cassation, le juge précise les conditions déterminantes du vice de violence du consentement en ces termes : « *seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement* ». Ensuite, pour ce qui est de l'exécution du contrat, certaines obligations s'imposent aux parties dans le but de faciliter leur collaboration. Depuis 1992, la Chambre sociale impose à l'employeur, qui envisage de licencier un salarié pour motif économique, l'obligation préalable de reclasser ce salarié⁷⁹. De même le juge met à la charge des fournisseurs l'obligation de renégocier⁸⁰ le contrat pour une meilleure

⁷⁷ Art. 61 COCC « *Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur, s'il a été surpris par dol ou extorqué par violence* ».

⁷⁸ Com. 27 février 1996, Bull. n° 65 (rejet) : la cour d'appel « *a pu retenir* » la réticence dolosive du dirigeant de société qui avait « *manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé* » Civ. 3ème, 15 novembre 2000, Bull. n° 171 (rejet) : la cour d'appel « *a pu déduire que le dol était constitué* » de la part d'un acquéreur qui, ayant connaissance de la richesse de la composition du sous-sol, avait laissé le vendeur dans l'ignorance de ce fait, avait indiqué une destination inexacte dans le projet d'acte authentique et s'était en outre dissimulé derrière un prête-nom.

Civ. 3ème, 21 février 2001, Bull. n° 20 (cassation) : réticence dolosive du vendeur d'un hôtel qui n'a pas informé l'acheteur de l'absence d'autorisation d'exploitation et de la non-conformité des locaux aux normes de sécurité

Civ. 1ère, 15 mai 2002, Bull. n° 132 (cassation) : réticence dolosive du vendeur professionnel d'un véhicule d'occasion accidenté, tenu d'une obligation de renseignement, même si la demanderesse n'a pas rapporté la preuve d'une dissimulation.

Civ. 1ère, 16 mai 1995, non publié, pourvoi n° 92-20.976 (rejet). La cour d'appel a légalement justifié sa solution par ce seul motif qu' « *a manqué à son obligation de contracter de bonne foi* » un cautionnement le créancier qui savait la situation de son débiteur irrémédiablement compromise et qui avait laissé la caution dans l'ignorance de ce fait.

⁷⁹ Ch. sociale 25 février 1992, Bull. n° 122.

⁸⁰ Com. 3 novembre 1992, B. n° 338 (Huard), rejet : « *la cour d'appel a pu décider* », au terme d'une motivation circonstanciée constatant la présence d'une clause d'approvisionnement exclusif, les travaux effectués par le distributeur sur son point de vente, le fait que le prix appliqué par le fournisseur à ses distributeurs était supérieur au prix auquel il vendait lui-même ses produits au consommateur final par l'intermédiaire de ses mandataires, que

prise en charge des intérêts du distributeur. En droit du travail, il est attendu du salarié qu'il exécute son travail de bonne foi et de manière loyale. La bonne foi contractuelle a pu ainsi être présentée comme un facteur de normalisation de la conduite du salarié en lui imposant de « *contribuer loyalement et activement à la réalisation des objectifs fixés* »⁸¹. Enfin, lors de l'extinction du lien contractuel, la clause résolutoire de bonne foi⁸² s'impose au créancier. Dans ce sillage, le législateur sénégalais exige un préavis et une motivation sans lesquels la rupture du contrat à durée indéterminée serait abusive⁸³. Mise à part la bonne foi, le législateur a accordé une importance accrue à l'usage et à l'équité.

Paragraphe II : L'équité et les usages

A l'instar de la bonne foi qui constitue la matrice du solidarisme, l'équité et l'usage ont joué un rôle fondamental dans le droit romain des contrats et sous l'ancien droit. Ainsi Aristote soulignait le lien inéluctable entre le droit, la loi et l'équité, car « *la nature de l'équité, c'est précisément de redresser la loi là où elle se trompe, à cause de la formule générale qu'elle doit prendre* »⁸⁴. Portalis écrit à ce propos : « *Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives* »⁸⁵. S'inspirant de son homologue français, le législateur sénégalais n'a manqué guère de les consacrer⁸⁶. Partant de ces notions, il est permis de supputer qu'il y a une existence de balbutiements du solidarisme dans les relations contractuelles. Avec la prolifération sans cesse grandissante des nouveaux types de contrats, le juge ne lésine à faire recours à ces notions

le fournisseur avait été déloyal et qu' « *en privant M. Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société... n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi* ».

Com. 24 novembre 1998, B. n° 277.

⁸¹ D. CORIGNAN-CARSIN, « Loyauté et droit du travail », in Mélanges offerts à H. Blaise, Paris, Economica, p. 143.

⁸² La première Chambre civile (31 janvier 1995, Bull. n° 57, cassation au visa de l'art. 1134 c. civ.) déclare que « *une clause résolutoire n'est pas acquise si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier* » et censure l'arrêt pour manque de base légale en ce que la cour d'appel n'a pas recherché si le créancier était de bonne foi. Solution confirmée par Civ. 1ère 16 février 1999, Bull. n° 52 (voir aussi Civ. 3ème, 5 juin 1991, Bull. n° 163 et 2 décembre 1998, Bull. n° 231).

⁸³ Art. L.50 – « La résiliation du contrat à durée indéterminée est subordonnée à un préavis notifié par écrit par la partie qui prend l'initiative de la rupture. Ce préavis ne doit être subordonné à aucune condition suspensive ou résolutoire. Il commence à courir à compter de la date de la remise de la notification.

Le motif de rupture du contrat doit figurer dans cette notification. »

⁸⁴ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, 1992, LGF, p. 231. – Sur cette approche, J.-M. TRIGEAUD, *Ontologie de l'équité*, Rev. de droit de McGill, vol. 34, 1989, p. 422).

⁸⁵ M. PORTALIS, *Écrits et discours juridiques et politiques*, 1988, PUAM, p. 29. – Pour l'influence de M. PORTALIS, V. A.-J. ARNAUD, *De l'équité dans l'histoire du droit occidental. Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie et de l'État*, 1998, LGDJ, p. 114.

⁸⁶ Art. 103 COCC.

pour rendre sa décision de la plus belle des manières. Cela nous permettra de faire une analyse profonde des concepts d'équité (A) et d'usage (B).

A. L'équité

La définition du concept d'équité serait à l'origine de moult controverses. Pour certains auteurs, il convient de retenir une double acception de l'équité qui, elle-même, pourrait supporter une double approche. Une première analyse considère que l'acception objective, également qualifiée d'équité générale ou normative, est créatrice d'un système de règles de droit parallèle au droit positif en vigueur, alors que l'acception subjective, l'équité particulière ou judiciaire, suppose que la notion n'intervienne que pour un cas ponctuel, en fonction des impératifs de ce cas⁸⁷. Une seconde approche de ce double visage définit l'acception objective comme une méthode d'appréciation fondée sur la nature des choses, liée à une réalité matérielle, alors que l'équité subjective serait un sentiment lié directement à la nature humaine, recherchant un équilibre entre les personnes⁸⁸.

Pour d'autres, recourir à l'équité a comme unique vocation de ne présenter qu'une faculté de résoudre un litige en fonction des circonstances particulières de l'espèce, 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 concernée⁸⁹. 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 partie⁹⁰. Si l'on reprend la distinction entre l'acception de l'équité dite « objective » et celle « subjective », il apparaît qu'un phénomène de disparition de la première peut être constaté, car elle est « pleinement montée à la vie juridique, mais, par là même, elle a cessé [...] d'être l'équité »⁹¹. L'étude de l'évolution de l'équité, mais aussi celle de l'enrichissement sans cause par exemple, constituent des illustrations de cette évolution qui a provoqué la disparition de

⁸⁷ V. P. SANZ DE ALBA, « Sur quelques aspects de l'équité », thèse, Aix-Marseille, 1980, n° 132, p. 112 ; D. MANAI, *Le juge entre la loi et l'équité. Essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse*, préf. J.-F. PERRIN, 1985, Payot, p. 68 ; N. DION, *Le juge et le désir du juste*, D. 1999. Chron. 198.

⁸⁸ -M. TRIGEAUD, *Encyclopédie philosophique universelle*, t. 2, 1990, PUF, v° Équité, p. 822 ; Pour une telle présentation, V. P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. Sourieux, 1999, Panthéon-Assas, n° 162.

⁸⁹ P. JESTAZ, *Le droit*, 9^e éd., 2016, Dalloz, p. 15. – R. David, *La doctrine, la raison, l'équité*, RRJ 1986. 109, spéc. p. 129.

⁹⁰ F. ZENATI, *Le juge et l'équité*, Ann. Fac. Lyon 1985. 85, spéc. n° 14, p. 96. – C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préf. R. CABRILLAC, 2000, LGDJ, n° 238, p. 151 et 152).

⁹¹ A. TUNC, *Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité*, in *L'hypothèse du non-droit*, Séminaire de Liège, 21 et 22 oct. 1977, Liège, 1978, p. 281, spéc. p. 287. – R.-A. NEWMAN, *La nature de l'équité en « droit civil »*, RID comp. 1964. 289, spéc. p. 291.

l'équité elle-même. Ce constat n'affecte toutefois que l'approche conceptuelle de la notion, cette dernière, bien présente en droit, exerçant alors certaines fonctions spécifiques. À l'inverse, un auteur a soutenu que seule l'équité dite « objective », à vocation impersonnelle, générale et génératrice de règles, correspondait à l'équité qualifiée de « véritable »⁹².

L'équité est d'une grande importance pour la survie du lien contractuel. A ce propos, l'équité a diverses fonctions : une fonction correctrice, une fonction supplétive et une fonction interprétative. La mission correctrice de l'équité ne s'applique qu'avec une réelle mesure dans le domaine des relations contractuelles. Un auteur affirmait qu'il convenait de circonscrire l'intervention du juge, qui « ne doit pas se laisser emporter par un vague sentiment d'équité »⁹³. Une seule disposition effectuait à cette époque une référence expresse à la notion⁹⁴. Or, ultérieurement, des recours à l'équité implicite ont été admis. À titre d'illustrations, la révision des clauses pénales est autorisée⁹⁵ lorsque cette pénalité se révèle exorbitante et affecte l'équilibre de la relation contractuelle, le juge recevant la mission légale de modérer la peine en équité en cas d'abus évident⁹⁶ a précisé les modalités du délai de grâce : le juge a la faculté d'accorder au débiteur, « compte tenu de sa situation et en considération des besoins du créancier »⁹⁷, un report ou un échelonnement du paiement des sommes qu'il doit dans le délai de deux années terme extinctif qui doit être mentionné⁹⁸.

Elle peut également avoir une fonction supplétive. Le contenu d'un contrat pourrait être complété par une décision judiciaire prononcée au nom de l'équité. L'intérêt de recourir à la notion n'est plus de corriger la rigueur d'une stipulation contractuelle, mais de la compléter. C'est en raison de la poursuite d'un tel objectif que le contrat pourrait être enrichi, les parties étant liées « *non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donne l'équité, l'usage ou la loi* »⁹⁹. Cette disposition, dont les termes ne sont qu'une transposition de

⁹² V. BOLARD, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé. Principes pour un exercice rationnel et légitime du pouvoir de juger*, thèse, Paris I, 2006, n^{os} 73 s.

⁹³ H. CAPITANT, obs. RTD civ. 1932. 723.

⁹⁴ C. civ., art. 1194 [anc. C. civ., art. 1135].

⁹⁵ C. civ., art. 1231-5, al. 2 [anc. C. civ., art. 1152].

⁹⁶ P. LE TOURNEAU [sous la dir. de], *Droit de la responsabilité et des contrats*, 7^e éd., 2008, Dalloz, n^o 1218. – D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, 1992, LGDJ, n^o 73, p. 51). De même, la loi n^o 91-650 du 9 juillet 1991 (JO 14 juill., rect. 12 mai 1992).

⁹⁷ C. civ., art. 1343-5 [anc. C. civ., art. 1244-1].

⁹⁸ Civ. 2^e, 7 janv. 1998, n^o 96-12.979, Bull. civ. II, n^o 94 ; D. 1998. 43 ; RTD civ. 1998. 369, obs. J. MESTRE ; JCP 1998. I. 129, n^o 12, obs. G. LOISEAU ; Defrénois 1998. 737, art. 36815, obs. D. MAZEAUD.

⁹⁹ C. civ., art. 1194 [anc. art. 1135]. – Pour des dispositions similaires en droit comparé, V. P. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du code civil*, préf. F. CHABAS, 2005, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, t. 46, Dalloz, n^{os} 64 s.

l'œuvre de Domat ¹⁰⁰ a en effet constitué le fondement de l'enrichissement du contrat, source d'interrogations.

L'équité aurait aussi pour vocation l'interprétation du contrat. Une deuxième interrogation se pose lorsqu'on désire déterminer le rôle même de cet article 1135 du code civil, devenu l'article 1194 : doit-il être considéré comme une règle d'interprétation des conventions ? Si certains auteurs affirment que ce texte contient un principe d'interprétation subsidiaire, qui complète les articles 1156 et suivants du code, désormais codifiés aux articles 1188 et suivants¹⁰¹, d'autres soutiennent à l'inverse que l'ancien article 1135, ne figurant pas au sein de ces dispositions, doit être considéré comme une règle relative à l'exécution du contrat¹⁰². Telle est également l'option retenue par les auteurs de l'ordonnance du 10 février 2016, qui ont placé l'article 1194 au sein d'une sous-section relative à la force obligatoire du contrat. Par ailleurs, le législateur exhorte les parties et le juge à faire recours à l'usage dans le but d'équilibrer la relation contractuelle.

B. Les usages

Dans le code des obligations civiles et commerciales, le législateur fait allusion au terme « usage », mais ne l'a pas défini. Ainsi, en droit du travail, l'usage serait, selon la jurisprudence française¹⁰³, une pratique habituellement suivie dans l'entreprise, constitutive d'un avantage supplémentaire par rapport à la loi, la convention collective ou le contrat de travail, accordé aux salariés ou à une catégorie d'entre eux. L'usage marque la volonté implicite de l'employeur de reconnaître ou d'attribuer certains avantages aux salariés de l'entreprise. Les usages font partie intégrante du statut collectif dans la mesure où ils ont vocation à s'appliquer à une collectivité de salariés.

Pour être considérée comme un usage, la pratique concernée doit remplir trois conditions :

¹⁰⁰ V. J.-L. SOURIOUX, *Introduction au cours de droit des obligations*, in Univ. Panthéon-Assas, Clés pour le siècle, 2000, Dalloz, p. 516 ; J.-P. CHAZAL, De la signification du mot loi dans l'article 1134 (code civil ancien), alinéa 1^{er}, RTD civ. 2001. 281, spéc. n° 21).

¹⁰¹ J. Flour, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, L'acte juridique, 16^e éd., 2014, A. Colin, n° 397. – Au titre d'une « interprétation créatrice » emprunte d'équité, F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 11^e éd., 2013, Dalloz, n° 453 ; A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, L'« interprétation créatrice » : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat, RDC 2015. 166).

¹⁰² J. CARBONNIER, *Les obligations*, t. 4, n° 113, p. 226. – Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. COUTURIER, 1989, LGDJ, n° 79, p. 93. – Voir aussi – C. MOULY-GUILLEMAUD, Retour sur l'article 1135 du code civil ancien. Une nouvelle source du contenu contractuel, préf. D. FERRIER, avant-propos C. ATIAS et R. CABRILLAC, 2006, LGDJ, n° 54.

¹⁰³ Cass. soc., 16 mars 1989, n°86-41.619.

Cette pratique doit être générale, c'est-à-dire l'avantage bénéficie à l'ensemble des salariés ou, tout au moins, à une catégorie déterminée d'entre eux¹⁰⁴. Cette pratique doit être constante, autrement dit l'avantage doit être attribué un certain nombre de fois aux salariés d'une manière continue. Cette pratique doit être fixe. L'avantage doit présenter une certaine fixité tant dans les conditions auxquelles les salariés peuvent y prétendre que dans ses modalités de calcul. Ses conditions d'attribution et de détermination doivent répondre à des règles prédéfinies, constantes et reposant sur des critères suffisamment objectifs tant par rapport à l'employeur qu'au comportement personnel des salariés. Ces trois conditions sont cumulatives.

En droit commercial, l'usage occupe une place prépondérante. Il existe deux types d'usages en matière commerciale : l'usage commercial et l'usage conventionnel¹⁰⁵. Le premier tire son autorité de l'autonomie de la volonté. Il faut un accord des parties, une manifestation de volonté de leur part. S'il s'agit de commerçants, on n'a pas besoin d'une acceptation expresse. Le silence vaut acceptation. S'il s'agit de civils par contre, l'adhésion doit être expresse. Il en est de même pour un commerçant dont l'usage ne s'applique pas dans la branche d'activité. Quoi qu'il en soit, il faut l'accord de volonté.

L'usage conventionnel ne peut cependant être assimilé à une loi supplétive, car il appartient à celui qui demande son application de rapporter la preuve de son existence et de son contenu au moyen d'attestations délivrées par la chambre de commerce appelées parères. Tel n'est pas le cas de la loi supplétive qui s'impose aux parties et aux juges à défaut de dispositions contraires prévues par les parties. Quant au deuxième, il a un caractère impératif et s'impose aux parties¹⁰⁶, qui n'ont pas la possibilité de l'écarter, il s'applique avec ou sans la volonté des parties. Lorsqu'on demande l'application d'un usage de droit, on n'est pas obligé d'en apporter la preuve, ni son existence, ni son contenu, le juge étant censé connaître la loi.

Mis à part le rôle déterminant que joue la bonne foi, l'équité et l'usage, d'autres obligations regroupées sous le vocable de « corollaires du solidarisme » se montrent très hostiles aux inégalités perçantes qui dénaturent le contrat.

Section II : L'existence de corollaires du solidarisme contractuel

Dans cette section, seront étudiées les obligations découvertes par la jurisprudence et la doctrine puis consacrées au fil des temps par le législateur. Pour ce faire, nous allons pencher

¹⁰⁴ Cass. soc., 27 mai 1987, n° 82-42.115.

¹⁰⁵ G. B. SARR, *Droit commerciale générale*, UASZ, SJ, 2013-2014, inédit, p.11.

¹⁰⁶ Art. 193 AUDCG « le commissionnaire doit agir de la façon qui sert le mieux les intérêts du commettant et le respect des usages ».

notre étude sur l'obligation d'information et celle de sécurité (**paragraphe I**) puis terminer avec la loyauté et la coopération (**paragraphe II**).

Paragraphe I : L'obligation d'information et l'obligation de sécurité

Dans la logique d'enrichir le contenu des contrats, le juge n'a lésiné sur la création de nouveaux devoirs. Cela est à l'origine de la création de l'obligation de sécurité qui pèse aussi bien sur l'employeur¹⁰⁷ que sur le travailleur¹⁰⁸. Historiquement, l'obligation de sécurité patronale trouve son fondement dans plusieurs textes internes et internationaux¹⁰⁹ relatifs soit à la protection de la santé soit à la sécurité au travail. L'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose : « *Toute personne a droit (...) à des conditions équitables et satisfaisantes de travail* ». L'obligation d'information quant à elle trouve son fondement dans plusieurs sources : de la morale¹¹⁰ à l'économie en passant par les inégalités entre contractants. Pour illustrer le fondement moral, Madame Fabre-Magnan se réfère au cas¹¹¹ moral présenté dès l'antiquité par Cicéron¹¹². Le fondement économique de l'obligation d'information a été l'œuvre des auteurs du courant de l'analyse économique du droit¹¹³ née en Amérique. Les inégalités prégnantes entre contractants constituent, par ailleurs, un fondement de l'obligation d'information. Ce critère n'est pas étranger à la morale¹¹⁴. Cela nous permettra de voir l'obligation d'information (**A**) avant de revenir sur l'obligation de sécurité (**B**).

¹⁰⁷ Cass. civ., 21 nov. 1911, S. 1912.1.73. ADDE.P.- Y. VERKINDT, « Les obligations de sécurité du chef d'entreprise : aspects de droit civil », SSLsuppl. 2006, 1286, p. 24 ; « La naissance de l'obligation de sécurité », Gaz. Pal. 21-23 sept. 1997, n° spécial.

¹⁰⁸ D. CORRIGNAN-CARSIN, « L'obligation de sécurité du salarié », Mélanges dédiés à B. BOULOC, Dalloz, 2006, pp. 233 et s. – F. FAVENNEC-HERY, « L'obligation de sécurité du salarié », Dr. soc. 2007, pp. 687 et s. – H. Kobina Gaba « Obligation de sécurité pesant sur le salarié : ombre et lumière jurisprudentielles » Dr. Ouv. 2011, p. 114 et s.

¹⁰⁹ La charte des droits fondamentaux de l'union européenne pour sa part stipule en son article 31 paragraphe 1 que « tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respecte sa santé, sa sécurité et sa dignité ». C'est également la position soutenue par l'article 16 de l'organisation internationale du travail commandant aux employeurs de s'assurer, « dans la mesure où cela est raisonnable et pratiquement réalisable » que les machines, les matériels et les procédés de travail placés sous leur contrôle ne présentent pas de risque pour la sécurité et la santé des travailleurs.

¹¹⁰ M. FABRE-MAGNAN, *Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats*, thèse Paris I, 1991.

¹¹¹ Le cas en question est le suivant : « si par exemple un homme de bien a amené d'Alexandrie à Rhodes une grande quantité de blé au moment, chez les Rhodiens, d'une disette et d'une famine, accompagnées d'une cherté extrême des denrées, s'il sait également qu'un bon nombre de marchands ont quitté Alexandrie et s'il a vu, en cours de traversée, des navires chargés de blé se dirigeant vers Rhodes, va-t-il le dire aux Rhodiens ou bien, grâce à son silence, vendre son blé le plus cher possible ? »

¹¹² CICERON, DE OFFICIS, Livre III, XII, n° 50 et s.

¹¹³ Il est possible de trouver un historique de ce mouvement de l'analyse économique du droit: v° V.E. Mackaay, « La règle juridique observée par le prisme de l'économie », Rev. intern. de droit éco. 1986, t 1, p. 43 à 88.

¹¹⁴ G. BASTIDE, *Traité de l'action morale*, t 1, Analytique de l'action morale, P.U.F. 1961, p.256.

A. L'obligation d'information

L'obligation d'information n'a pas été occultée par le législateur sénégalais. Ce dernier lui réserve une place de faveur dans la formation du contrat. A ce titre, le juge peut sanctionner non seulement le fait pour l'une des parties de donner des informations fallacieuses¹¹⁵ pouvant conduire l'autre à donner son consentement, mais aussi le fait de garder des informations par-devers lui. Dans la phase précontractuelle, il n'y est pas passé pieds joints. Aux termes de l'article 320 du code des obligations civiles et commerciales, le promettant doit informer le bénéficiaire quand il envisage d'aliéner le contrat les liant. Il doit tout de même, s'il décide de contracter avec un tiers lui en tenir informé ainsi que toutes les conditions y afférent. Cependant, force est de constater que cette obligation prévue à l'article 320 est lacunaire, en ce sens que le législateur la prévoit sans dire quelle en est la sanction. Présente depuis fort longtemps dans les lois spéciales¹¹⁶ et la jurisprudence, ce devoir d'ordre public n'a rien de nouveau. Aux termes de l'article 1112-1 du code civil, « *Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant (...)* ». Que dire de celui qui doit informer ? Le texte est clair, en ce sens, car mettant l'obligation à la charge de celui qui a connaissance de l'information. De même, cet article semble reconnaître de façon implicite le devoir de se renseigner. Après tout, « *comment admettre qu'un contractant soit tenu d'informer l'autre s'il ne doit pas s'informer lui-même ?*¹¹⁷ ».

Si la partie qui connaît l'information se doit d'informer l'autre, c'est à la condition que celle-ci, l'information, soit d'une « *importance déterminante pour le consentement de l'autre* ». Qu'est ce alors une information déterminante pour le consentement de l'autre ? La réponse apparaît tout de suite à l'alinéa 3 du même article. Il s'agit en effet d' « *informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* ». Le but ici c'est de protéger le créancier des informations susceptibles de le distraire ou de le détourner de ce qu'il y'a de plus déterminant pour son consentement ; le débiteur lui « *d'informations inutiles, coûteuses en temps et en argent*¹¹⁸ ».

La ligne de démarcation entre l'ignorance légitime et celle illégitime est plutôt fragile. Le cocontractant normalement vigilant par exemple, ne peut se permettre d'ignorer certaines

¹¹⁵ Art. 61 COCC : « *Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur, s'il a été surpris par dol ou extorqué par violence* »

¹¹⁶ C.consom., art. L 111-1 ; C.com., art. L 333 C.com.

¹¹⁷ Voir en ce sens HAMELIN Jean-François, *les devoirs de se renseigner et d'information*, Blog Réforme du droit des obligations.

¹¹⁸ Voir en ce sens MEKKI Mustapha in *la réforme du droit des obligations* : Question pratique.

informations au risque d'être illégitimement ignorant. Convient-il donc de toujours se renseigner même si cet article ne l'affirme pas clairement. Portalis écrivait à juste titre : « *l'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison* ». Il existe d'ailleurs un devoir de renseignement reconnu lui aussi depuis fort longtemps par la jurisprudence¹¹⁹.

L'importance de l'obligation d'information n'est plus à contester en ce sens que celle-ci permet à chaque partie d'œuvrer au profit de l'autre. Cependant, force est de constater qu'elle n'est pas la seule dans ce combat, car l'obligation de sécurité s'y intéresse amplement.

B. L'obligation de sécurité

L'obligation de sécurité est à rechercher dans plusieurs domaines du droit des contrats. En matière de transport, le transporteur a l'obligation d'assurer la sécurité du voyageur dès l'instant que ce dernier accède dans le véhicule¹²⁰. Cette obligation lie le transporteur et ce dernier ne peut s'exonérer que s'il prouve qu'il a installé de façon nette et apparente tous les signes distinctifs de la nature et des limites du transport¹²¹.

En matière social, dans un premier temps, l'obligation de sécurité pesait sur l'employeur qui était tenu d'assurer la sécurité de ses travailleurs. C'est par la suite que le pendant de cette obligation a été mis à la charge du travailleur. Pour paraitre aux inégalités existantes entre le travailleur et l'employeur, un certain nombre d'obligations telle que celle de sécurité ont été mises à la charge de ce dernier. Théorisant cette inégalité, Alain Supiot disait : « *Dans la relation de travail, le travailleur, à la différence de l'employeur, ne risque pas son patrimoine, il risque sa peau*¹²² ». En droit sénégalais, cette obligation a reçu une consécration. Ainsi, une

¹¹⁹ Req. 7 janv.1901 :D.1901.I.128 « *le contractant qui s'est trompé parce qu'il a été trop crédule ou négligent dans ses vérifications ne doit s'en prendre qu'à lui-même* ».

Le vendeur professionnel a été condamné, qui connaissait la destination de ces tuiles et qui était, dès lors, tenu « d'un devoir de renseignements à l'égard des acquéreurs » Cass. Civ. 1ère, 4 octobre 1977, G.P., 1978, 1, 262, note A. PLANQUEL.

¹²⁰ Art. 645 COCC.

¹²¹ CA. Dakar n° 17 du 16 janvier 1970 Mittaine / Cheikh Anta GNINGUE.

¹²² A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 2eéd. p. 68.

combinaison des articles L 168¹²³, L 169¹²⁴ et suivant du code du travail nous permet de nous rendre compte de l'obligation de sécurité qui pèse sur l'employeur. À ce propos, il est dit aux termes de l'article L170¹²⁵ que l'employeur peut recevoir une mise en demeure, en cas, de manquement à son obligation de sécurité. Outre l'échelle nationale, cette obligation a été consacrée à l'échelle internationale. Selon l'article 3 de la convention n°155 de l'Organisation International du Travail concernant la sécurité, la santé des travailleurs et le milieu de travail du 11 août 1983, « *le terme santé, en relation avec le travail, ne vise pas seulement l'absence de maladie ou d'infirmité ; il inclut aussi les éléments physiques et mentaux affectant la santé directement liés à la sécurité et à l'hygiène du travail* ». En droit français, cette exigence de sécurité de la part de l'employeur est notoire¹²⁶. Cette obligation a été véritablement consacrée par un arrêt de la chambre sociale, en vertu duquel¹²⁷ l'employeur est tenu à l'égard de ses salariés d'une obligation de sécurité de résultat dont le manquement a le caractère d'une faute inexcusable au sens de l'article 452-1 du code de la sécurité sociale. Même s'il revient à l'employeur d'assurer la sécurité du travailleur, ce dernier pour sa part doit lui faciliter la tâche. C'est dire un peu, qu'il doit être le premier à assurer sa propre sécurité. Le droit du travail a bien consacré, depuis une vingtaine d'années maintenant, une obligation de sécurité du salarié qui, dans une certaine mesure, constitue le pendant de l'obligation de sécurité de son employeur¹²⁸. C'est dans le droit de l'Union européenne qu'il y a lieu de chercher les racines modernes de l'obligation de sécurité du salarié. L'article 137 du Traité de Rome dispose ainsi

¹²³ Art. L.169 – Art. L.168 - Des décrets déterminent :

1° les mesures générales et spécifiques de protection, de prévention et de salubrité applicables à tous les établissements et emplois mentionnés à l'article précédent;

2° les mesures relatives à l'organisation et au fonctionnement des organismes ayant pour mission d'aider à l'observation des prescriptions d'hygiène et de sécurité, et de contribuer à l'amélioration des conditions de travail et à la protection de la santé des travailleurs;

3° les mesures relatives à l'exposition, à la vente ou à la cession, à quelque titre que ce soit, des machines, appareils et installations diverses présentant des dangers pour les travailleurs,

4° les mesures relatives à la distribution et à l'emploi de substances ou de préparations à usage industriel, présentant des dangers pour les travailleurs. Un décret peut fixer les prescriptions particulières à certaines professions ou à certains types de matériels, de substances dangereuses, de procédés de travail ou d'installations, ou à certaines catégories de travailleurs.

¹²⁴ « L'employeur est responsable de l'application des mesures prescrites par les dispositions du présent titre et par les textes pris pour leur application ».

¹²⁵ « Lorsqu'il constate un manquement aux normes ou prescriptions ainsi édictées, il met en demeure l'employeur de s'y conformer. En outre, lorsqu'il existe des conditions de travail dangereuses pour la sécurité ou la santé des travailleurs, non visées par les décrets pris en application de l'article L.210, l'employeur est mis en demeure par l'inspecteur du travail d'y remédier ».

¹²⁶ L'article L. 4121-1 du code de travail français dispose à cet effet que: « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ».

¹²⁷ Cass.soc., 28 févr. 2002, n°00-11793.

¹²⁸ D. CORRIGNAN-CARSIN, « L'obligation de sécurité du salarié », Mélanges dédiés à B. BOULOC, Dalloz, 2006, pp. 233 et s. – F. FAVENNEC-HERY, « L'obligation de sécurité du salarié », Dr. soc. 2007, pp. 687 et s. – H. KOBINA Gaba « Obligation de sécurité pesant sur le salarié : ombre et lumière jurisprudentielles » Dr. Ouv. 2011, p. 114 et s.

qu'« en vue de réaliser les objectifs visés à l'article 136, la Communauté soutient et complète l'action des États membres dans les domaines de l'amélioration, en particulier, du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs ». Cette mission a été particulièrement mise en œuvre par la Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, dont l'article 13 a introduit l'obligation de sécurité du travail. Selon l'exposé des motifs de la directive, et « pour assurer un meilleur niveau de protection, il est nécessaire que les travailleurs et/ou leurs représentants soient informés des risques pour leur sécurité et leur santé et des mesures requises pour réduire ou supprimer ces risques » et « qu'ils soient à même de contribuer, par une participation équilibrée conformément aux législations et/ou pratiques nationales, à ce que les mesures nécessaires de protection soient prises ».

Au regard de ce qui précède, il est important de comprendre que la bonne foi exige de chaque partie, la prise en compte voire la prise en charge des intérêts légitimes de l'autre. Pour ce faire, des obligations de sécurité et d'information sont inéluctables. De même, pour un meilleur accomplissement des tâches dévolues à la bonne foi, ces obligations méritent d'être appuyées par d'autres telles que la coopération et la loyauté.

Paragraphe II : L'obligation de coopération et l'obligation de loyauté

Afin de préserver les parties de toute inégalité ou déséquilibre, des obligations ont été créées sous l'égide de la bonne foi. D'ailleurs, le contractant en état de supériorité¹²⁹ économique, intellectuelle ou technique est soumis à l'obligation de renseigner son partenaire tout le long et la durée du processus contractuel. Cela dénote de l'esprit de coopération qui doit animer les parties. La définition de la bonne foi laisse apparaître, aussi, l'exigence d'un comportement loyal. D'aucuns considèrent que le devoir de loyauté contribue à faire du contrat un « lieu de sociabilité¹³⁰ ». Dans le but de mieux cerner les contours de la bonne foi, il serait opportun de revenir sur l'étude de l'obligation de coopération (A) et celle de l'obligation de loyauté (B).

A. L'obligation de coopération

Contrairement à ceux qui pensent que le contrat est un conflit d'intérêts, des auteurs comme Demogue l'envisagent sous l'angle de la coopération¹³¹. 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

¹²⁹ D. MAZEAUD, « Loyauté, Solidarité, Fraternité : la nouvelle devise contractuelle », op.cit., p 618.

¹³⁰ D. MAZEAUD, « Loyauté, Solidarité, Fraternité : la nouvelle devise contractuelle », op.cit., p. 617.

¹³¹ DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, T IV n° 3, op.cit., p. 9.

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 avec)¹³². 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 longtemps¹³³ ». Toujours, abondant dans ce sens, Rippert considère le contrat comme une « union ». Il va plus loin en affirmant que le contrat crée entre les parties une petite société temporairement constituée pour une fin déterminée¹³⁴. Vu la place accordée à cette obligation, il nous paraît important de décliner son sens. Contrairement à la loyauté contractuelle qui exige de l'une des parties, la non nuisance des intérêts de l'autre, l'obligation de coopération va plus loin. Elle exige du contractant qu'il « *agisse conjointement avec son partenaire* »¹³⁵. En ce sens, il ne s'agit pas seulement de viser l'acte négatif qui consiste à ne pas nuire son partenaire mais l'assistance, la collaboration, le concours, la contribution, la participation à l'œuvre commune. A ce propos, le contrat étant une œuvre de coopération, chacune des parties se doit d'agir de façon à simplifier la tâche à l'autre. J. Mestre pour sa part définit la coopération, comme « *l'exigence... des attitudes, des comportements convergents au service d'un intérêt contractuel commun* »¹³⁶. L'obligation de coopération étant une norme de comportement, les parties se doivent d'agir de façon harmonisée dans le but de satisfaire à l'intérêt commun. Il leur incombe d'agir avec perspicacité et non seulement 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 organisationnelle¹³⁷.

Cette coopération est notoire dans les contrats informatiques, car on exige du professionnel qu'il assiste régulièrement son client après l'acquisition du matériel. Celui-ci étant un profane, il se doit de lui notifier régulièrement les mises à jour disponibles en lui

¹³² F. DIESSE, « Le devoir de coopération dans le contrat », op.cit., p. 262.

¹³³ J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, F. Lefebvre 1988 p. 31 n° 27. Même auteur, « Le domaine de l'article 1er dans la loi Doubin », Cahier droit de l'entreprise 1990/4, p. 13.

¹³⁴ G. RIPERT. Cité par F. DIESSE, « Le devoir de coopération dans le contrat », loc.cit.

¹³⁵ V. sentence KLOCKNER et al. c. Cameroun du 21 oct. 1983, JDI 1984, p. 409-454 (Extraits).

¹³⁶ J. MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD civ.1986 p.101.

¹³⁷ J.G. 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, p.144.

montrant toutes les conséquences possibles de l'acceptation ou du refus par lui de leur exécution. Cette assistance est d'une importance capitale, car permet au client de mieux satisfaire à ses engagements. On trouve également, cette coopération dans le contrat de franchise¹³⁸. Il s'agit d'un contrat conclu entre un créancier appelé franchiseur et un débiteur appelé franchisé. Le franchiseur étant un spécialiste dans un domaine d'activité économique invite les franchisés à travailler en synergie pour l'exploitation de son activité. Il fixe les modalités d'exploitation de l'activité. Ainsi, il exige des franchisés qu'ils achètent leurs marchandises ou passent leur commande dans la centrale de distribution qu'il tient. Par la même, il définit les prix de vente que ce soit au niveau central ou dans les franchises. Cependant concernant la détermination des prix finaux une marge de manœuvre est accordée aux franchisés. Le franchiseur quant à lui doit apporter une assistance technique au franchisé pour lui permettre de mener à bien son activité.

Par ailleurs, si dans la coopération, on exige des parties qu'ils fassent preuve de collaboration, pour la loyauté, il en est autrement, car elle est fondée sur la confiance que doivent avoir les parties l'une envers l'autre. Cela nous permettra d'aborder la loyauté contractuelle.

B. L'obligation de loyauté

La loyauté contractuelle repose sur la confiance mutuelle entre les parties. La loyauté étant définie comme *une norme générale de comportement*¹³⁹, est synonyme parfois, de sincérité contractuelle lors de la formation du contrat et de bonne foi lors de l'exécution de celui-ci. Le devoir de loyauté reste inséparable de la bonne foi en ce sens que celle-ci est définie comme « *une règle de conduite qui exige des sujets de droit une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intention malveillante*¹⁴⁰ ». Certains contrats étant tributaires d'une exécution de longue durée, la loyauté contractuelle apparaît comme un élément sine qua non pour une meilleure prise en compte des intérêts des parties contractantes. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous nous attèlerons de citer certains de ces contrats. Il s'agit des contrats d'entreprise ou de services, les contrats de franchise, les contrats de travail, les contrats de

¹³⁸ Bmw Canada inc. c. Automobiles Jalbert inc., 2006 QCCA 1068 (CanLII); Realstar Hotel Services Corp. c.3099-1103 Québec inc., 2005 QCCA 555 (CanLII); 9045-6740 Québec Inc.c. 9049-6902 Québec Inc., 2004 CanLII 31403 (QC C.A.); Grill Dagenais Inc. c. Cara Opérations Ltée, 2001 CanLII 5047 (QC C.A.); Centre de distribution de la piscine Trans-Canada inc. c.Cibelle piscines et clôtures inc., 1988 CanLII 230 (QC C.A.).

¹³⁹ L'ouvrage collectif Dictionnaire juridique, dont le comité de direction a été présidé par Le doyen Gérard CORNU, Professeur émérite de l'Université de Paris II (PUF, 10^e éd., janv. 2014), ne contient aucune référence à un tel devoir.

¹⁴⁰ P. JOURDAIN, Rapport H. CAPITANT, La bonne foi, p. 121.

concession commerciale et les contrats de distribution. La loyauté intervient au moment de la phase des négociations contractuelles. Car si les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter, il demeure qu'elles restent tenues à l'obligation de ne pas rompre les pourparlers de manière abusive. Ainsi, la chambre commerciale de la cour de cassation a retenu la responsabilité d'une partie pour rupture abusive des négociations¹⁴¹. La jurisprudence retient trois critères cumulatifs pour qualifier d'abusives, une rupture. Il s'agit de l'existence de pourparlers avancés ou de négociations très avancées, la brutalité de la rupture et l'absence de motifs légitimes. De même, la loyauté est d'une dimension incommensurable pour l'exécution de tout contrat. Ce devoir de loyauté condamne le refus délibéré d'une partie d'exécuter les prestations prévues au contrat et toute attitude propre à empêcher l'autre partie de retirer les bénéfices qu'elle attend du contrat, que ce soit par caprice, opportunisme, déraisonnabilité ou pour un motif étranger au contrat. Le travailleur comme tout autre contractant doit exécuter le contrat de bonne foi et de manière loyale. Ainsi, il est dit que « *le travailleur doit contribuer loyalement et activement aux objectifs fixés*¹⁴² ». Le travailleur se doit de donner le meilleur de lui-même pour l'accomplissement du contrat. A. Supiot disait que la bonne foi est un instrument de mesure de la qualité de la prestation. Elle permet par là même de sanctionner ceux qui ne paient pas assez de leur personne dans l'exécution du contrat¹⁴³. En dehors même de la prestation de travail, la jurisprudence a fait triompher d'autres obligations accessoires à la loyauté telles que l'obligation de non-concurrence¹⁴⁴, l'obligation de réserve et de discrétion¹⁴⁵. L'obligation de loyauté prohibe aussi à une des parties de mettre, abruptement, fin à un contrat à durée indéterminée. La rupture du contrat de travail doit intervenir après un préavis notifié à l'autre partie. Le préavis doit aussi être assorti de motifs légitimes¹⁴⁶. De même, dans la phase précontractuelle, le promettant se doit d'informer le bénéficiaire s'il envisage de contracter avec un tiers. Il doit, tout de même, lui tenir informé des conditions dudit contrat¹⁴⁷.

Après avoir exploré l'univers des contrats en droit sénégalais, il nous est apparu clairement que le solidarisme ne peut y être occulté. Toujours est-il que même s'il n'a été prononcé de manière expresse dans le code des obligations civiles et commerciales sénégalais, il n'en demeure pas moins que ses balbutiements y restent perceptibles. Dans la perspective

¹⁴¹ Cass. Com. 22 avril 1997.

¹⁴² D. CORRIGNAN –CARSIN « loyauté en droit du travail », loc.cit.

¹⁴³ A. SUPIOT « critique du droit du travail », PUF, coll, quadriga, 2002, p.100.

¹⁴⁴ Soc. 5 mai 1971, Bull. civ V, n° 327 ; Soc 10 novembre 1998, RJS, 2/99, n° 198.

¹⁴⁵ Soc. 28 juin 1972 (deux espèces) et Soc. 11 octobre 1972, Dr. Soc, 1973, p. 304, obs.J. SAVATIER.

¹⁴⁶ Art. L 50, Code du travail du Sénégal.

¹⁴⁷ Art. 320 COCC.

d'apporter un soutien de taille à cette position, nous allons nous intéresser à l'utilité du solidarisme vu que les relations contractuelles sont plus qu'innervées par le déséquilibre.

Chapitre II : L'appréciation de l'utilité du solidarisme dans les relations contractuelles

Inspiré du code napoléonien, le droit des contrats repose sur les postulats d'égalité et de liberté. D'aucuns considèrent, d'une part que la relation contractuelle ne saurait être qu'égalitaire en ce sens que les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter, de déterminer le contenu du contrat. Et d'autre part, le juge se doit de respecter la volonté des parties, car elles sont les meilleurs juges de son utilité. On se rappelle des mots de Portalis qui disait que tout homme qui traite avec un autre doit être sage et attentif¹⁴⁸. Cependant, l'égalité contractuelle n'étant qu'une vue de l'esprit, il apparaît nécessaire de repenser les fondements qui sous-tendent le droit des contrats. Parler d'égalité c'est méconnaître la nature des relations contractuelles, car dans une de ses conférences données à l'Ecole française de droit de Beyrouth, et intitulée « *La protection des faibles par le droit* ¹⁴⁹», Jossierand martèle que la tendance contemporaine du droit est de protéger de plus en plus les faibles contre l'exploitation des forts. Partant, l'appréciation de l'utilité procédera de l'analyse de l'action du solidarisme (**section I**). L'utilité du solidarisme, en plus d'être perceptible dans la pratique, connaît une expansion sans commune mesure (**section II**).

Section I : Le solidarisme contractuel en action

Dans un monde en perpétuelles mutations où les relations contractuelles sont plus que secouées par une crise d'équilibre, les exigences de solidarité, de coopération, de bonne foi et de loyauté deviennent un impératif. Le solidarisme par le truchement de ces obligations précitées permet de remédier aux déséquilibres contractuels (**paragraphe I**) et constitue une réplique aux inégalités (**paragraphe II**).

Paragraphe I : Le remède contre les déséquilibres contractuels

« *Qui dit contractuel dit injuste* », voilà ce à quoi conduit l'examen d'un grand nombre de contrats en droit privé¹⁵⁰. Parler d'égalité dans la relation contractuelle c'est méconnaître la teneur de ladite relation. Ainsi pour paraitre à toute sorte d'inégalité et instaurer l'équilibre la

¹⁴⁸ J. L. CORREA, *Cours de droit des obligations*, UASZ, SJ, 2013-2014, inédit, op.cit., p.66.

¹⁴⁹ JOSSERAND, « *La protection des faibles par le droit* », Publiée dans *Evolution et Actualités*, conférences de droit civil, Sirey 1936, p.159.

¹⁵⁰ G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, thèse Paris I, LGDJ, 1986.

loi et la jurisprudence dépassent même la libre volonté des parties. A ce propos, elles instaurent des règles impératives destinées à assurer l'égalité, voir à rééquilibrer les contrats injustes. Ayant considéré le libéralisme comme un danger, le solidarisme s'est proposé de mettre en œuvre des remèdes contre les déséquilibres causés par celui-ci. Cela nous amènera à l'étude du solidarisme comme moyen permettant de remédier aux déséquilibres subjectifs (A) et aux déséquilibres objectifs (B).

A. Le remède contre les déséquilibres subjectifs

Le remède contre les déséquilibres subjectifs vise une catégorie de personnes présumées faibles de par leur condition, que la loi protège. Ces faiblesses peuvent être liées à l'âge, à l'état mental ou à la situation des personnes visées. Le régime exceptionnel dont jouissent ces personnes s'explique par l'absence d'égalité de fait entre elles et les personnes avec qui elles contractent. Peut constituer un déséquilibre, le fait de contracter avec une personne déclarée incapable par la loi¹⁵¹. La loi exige que la personne ne soit pas un mineur et qu'elle jouisse de toutes ses « facultés intellectuelles¹⁵² ». Ici, la loi sanctionne la lésion subjective découlant de l'absence de volonté éclairée, car il est interdit de profiter l'incapacité de son cocontractant pour en abuser. Tout contrat n'étant pas conforme aux règles relatives aux incapacités de protection peut être annulé¹⁵³. Cette action en nullité ne peut être mise en œuvre que par les personnes protégées. Par personnes protégées il faut entendre toute personne déclarée incapable par la loi. Etant conscient des inégalités qui guettent la relation contractuelle, le législateur étend le champ de la protection de la partie faible. Partant de l'idée de départ qui consiste à interdire aux incapables de contracter, le législateur fait glisser non seulement sur le terrain contractuel, la possibilité d'annuler le contrat et de le réputer n'avoir jamais existé mais aussi la possibilité pour l'incapable de restituer à hauteur de ce qu'il a gagné. À ce propos l'article 92 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal dispose : « *L'incapable est tenu à restitution dans la mesure de son enrichissement* ». Autrement dit, le bien ou la valeur à restituer est mesuré en fonction du profit tiré, donc son contractant ne peut demander plus. En plus d'être protégées contre les inégalités inhérentes aux déséquilibres subjectifs, les parties sont aussi protégées contre les déséquilibres objectifs. En ce sens, nous verrons le remède contre les déséquilibres objectifs.

¹⁵¹ Art. 57 COCC : « Toute personne peut contracter, si elle n'en est déclarée incapable par la loi ».

¹⁵² Art. 59 COCC.: « Le consentement doit émaner d'une personne jouissant de ses facultés intellectuelles ».

¹⁵³ « La nullité relative résulte de l'inobservation des règles destinées à assurer la protection d'un intérêt privé, telles que les dispositions concernant les vices du consentement, l'absence de cause, les incapacités de protection et la lésion ».

B. Le remède contre les déséquilibres objectifs

Le déséquilibre découle de la rupture de l'égalité des prestations contractuelles. Lasbordes¹⁵⁴ considère qu'il existe deux types de déséquilibre : le déséquilibre en valeur et le déséquilibre en pouvoir. Le premier découle d'un grave déséquilibre dans les prestations des parties au contrat. Dans le deuxième, c'est une des parties qui dispose d'un pouvoir déséquilibrant, imposant une volonté unilatérale à un partenaire économique qui n'est pas en mesure de discuter. Le déséquilibre est le résultat d'un abus dans l'exercice de ce pouvoir unilatéral. En droit sénégalais, le juge sanctionne, par le biais de la nullité relative, le déséquilibre des prestations découlant de la lésion. Un des remèdes apportés aux déséquilibres objectifs est la protection contre les clauses abusives. En droit de la consommation, les clauses pouvant créer un déséquilibre sont interdites. Selon les termes de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, sont abusives les clauses «*qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat*». Le droit commercial défend, aussi, le fait de tenter de soumettre son partenaire à des obligations pouvant créer un déséquilibre significatif¹⁵⁵. La clause abusive doit obligatoirement être rayée du contrat. Elle est anéantie¹⁵⁶ et réputée non écrite dans le contrat de consommation ou lorsqu'elle porte sur une obligation essentielle¹⁵⁷. L'interdiction des clauses abusives aurait pour but la protection d'une partie au contrat, la moins expérimentée ou la plus faible économiquement. En plus de l'interdiction des clauses abusives et de la lésion, la révision pour imprévision constitue un moyen permettant de remédier aux déséquilibres. Etant longtemps abandonné depuis l'arrêt Canal de Craponne¹⁵⁸ et les autres qui en ont suivi, la révision pour imprévision a vu le chemin de l'épanouissement avec les derniers arrêts de la Cour de Cassation¹⁵⁹ et les projets de réforme du droit des obligations¹⁶⁰ apportant des solutions innovantes. Dans un arrêt de 1992 opposant une société française de pétrole à M.

¹⁵⁴ V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, Thèse Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2000.

¹⁵⁵ Code de commerce. – Art. L. 442-6 (extraits) : «I. – Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...)

2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (...) ».

¹⁵⁶ La responsabilité civile, notamment, est aussi envisageable en tant que sanction lorsque la clause est insérée dans un contrat conclu entre deux professionnels, voir, à propos de l'art. L. 442-6, I, 2° C. com.

¹⁵⁷ V. la célèbre affaire Chronopost, Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18632, Bull. civ. IV, n° 261.

¹⁵⁸ Cass. civ. 6 mars 1876, DP 1876.1.193, S. 1876.1.161.

¹⁵⁹ Cass. Com. 3 nov. 1992, Huard, RTD civ. 1993.124 ; Cass. Com. 24 nov. 1998, Chevassus-Marche RTD civ. 1999.98 ; Cass. Civ. 1^{re}, 16 mars 2004, Les repas parisiens, n° 01-15.804.

¹⁶⁰ L'art. 136 du projet de la Chancellerie, l'art. 92 du projet de l'Académie des sciences morales et politiques.

Michel Huard¹⁶¹, la chambre commerciale a reproché à ladite société le manquement à son obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de distribution agréé qui les liait. Elle considère que la société pétrolière devait établir un accord de *coopération commerciale* dans le but de permettre à son partenaire M. Huard de faire face à la concurrence. Elle y ajoute que Huard n'avait pas l'obligation de changer de statut comme la société le lui imposait. Le juge considère aussi que la société était tenue d'appliquer à son partenaire les prix appliqués aux intermédiaires, car le changement de circonstance était indépendant de sa volonté. L'objectif poursuivi par le juge dans l'arrêt Huard a été repris par le législateur lors de la récente réforme du code civil intervenu en 2016¹⁶². À ce propos, le législateur ajoute dans le code civil nouveau un article qui donne, à une des parties, la possibilité de demander la renégociation du contrat lorsqu'intervienne un changement de circonstances imprévisibles rendant l'exécution du contrat beaucoup plus difficile¹⁶³. En plus d'avoir des moyens permettant de remédier aux déséquilibres, les parties peuvent se prévaloir d'autres servants de réplique à l'inégalité contractuelle.

Paragraphe II : La réplique à l'inégalité contractuelle

En contestation des principes contractuels de liberté et d'égalité, le solidarisme contractuel commande l'instauration des relations contractuelles inégalitaires. D'aucuns considèrent l'égalité contractuelle comme une utopie. Ils supposent que l'idée selon laquelle le contrat repose sur des relations égalitaires manque de pertinence¹⁶⁴ dans la mesure où elle ne repose pas sur des bases vérifiables. Pour une meilleure protection des intérêts des contractants en situation de vulnérabilité et instaurer l'équilibre contractuel, le solidarisme s'impose comme une brève réplique. Pour ce faire, des pouvoirs ont été conférés aux contractants pour leurs permettre non seulement de déterminer le contenu du contrat mais aussi de saisir le juge en cas d'abus dans la détermination du prix par l'une des parties. De même, le lien obligationnel peut être anéanti, pour des raisons d'inégalité. Cela étant, nous allons voir la détermination du contenu du contrat **(A)** et l'anéantissement du contrat **(B)**.

¹⁶¹ Cass. Com. 3 nov. 1992, Huard, RTD civ.

¹⁶² Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - NOR: JUSC1522466R.

¹⁶³ Art. 1195 du code civil : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant(...)* ».

¹⁶⁴ G. TABI-TABI, « Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel: du volontarisme au solidarisme? », (2014) 44 R.D.U.S, p. 76.

A. La détermination du contenu du contrat

Il est de principe qu'il appartient aux parties de déterminer le contenu du contrat. Cependant, cette détermination ne doit pas être anti conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs¹⁶⁵. Le juge peut intervenir aussi pour mettre fin aux inégalités susceptibles de rendre plus ardu l'exécution du contrat. Dans un célèbre arrêt de la cour de cassation de 1995¹⁶⁶, le juge a consacré, en matière de contrat-cadre, la possibilité pour l'une des parties de déterminer unilatéralement le prix et a rejeté l'arrêt de la cour d'appel pour abus dans la fixation du prix. Cet arrêt marquant un revirement jurisprudentiel, en droit des obligations et en matière de détermination du prix a servi de levier lors de la récente réforme du droit des obligations. Désormais, dans les contrats cadres, l'une des parties se trouve dans une posture lui permettant de fixer le prix. Toujours, dans une logique de protection de la partie jugée vulnérable, le législateur met, à la charge de la partie fixant le prix, l'obligation d'éviter tout abus. A ce propos, l'alinéa 2 de l'article 1164 du code civil dispose : « *En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat* ». La loi prévoit qu'en cas de contestation dans la fixation du prix que le débiteur peut saisir le juge en vue d'obtenir la réparation du préjudice subi. La réparation se fera par l'allocation de dommages et intérêts. Le juge peut tout de même, sur demande de la partie préjudiciée anéantir le contrat par le biais de la résolution. De même, dans les contrats de prestation de service¹⁶⁷, la loi sanctionne l'existence d'abus dans la fixation du prix. A défaut d'une fixation du prix avant l'exécution de la prestation, le débiteur peut saisir le juge s'il constate une disproportionnalité entre la prestation et le prix. Tous ces pouvoirs conférés au juge contribuent à l'effort de protection des parties mais aussi permettent de rendre les relations beaucoup plus égalitaires. Le juge contrôle non seulement l'égalité des prestations mais aussi en cas de désaccord entre les parties, il peut être amené à fixer le prix. Par ailleurs, le solidarisme, en plus de faire recours à la détermination du contenu contrat pour freiner les inégalités, fait appel à l'anéantissement du contrat.

¹⁶⁵ Art. 42 COCC. « *Libres de contracter ou de ne pas contracter, d'adopter toute espèce de clauses de modalités, les parties ne peuvent cependant porter atteinte par conventions particulières à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ».

¹⁶⁶ Cass, Assemblée plénière, 1^{er} Décembre 1995.

¹⁶⁷ Art. 1165 du code civil : « *Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts* ».

B. L'anéantissement du contrat

Anéantir un contrat revient à mettre fin aux obligations nées dudit contrat. Il peut emprunter plusieurs voies, de la nullité à la résiliation en passant par la résolution. En droit sénégalais, au moment de la formation du contrat, l'une des parties peut invoquer la nullité dans le but d'obtenir la réparation du préjudice subi. Aux termes de l'article 75 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal, le contrat peut faire l'objet d'annulation si les prestations ne sont pas proportionnelles. Dans le contrat de vente, aux termes de l'article 259 AU/DCG, « *le vendeur peut demander la résolution du contrat à la juridiction compétente :*

1°) Si l'inexécution par l'acheteur de l'une quelconque de ses obligations résultant pour lui du contrat, ou des présentes dispositions constitue un manquement essentiel au contrat, ou

2°) En cas de défaut de prise de livraison, si l'acheteur ne prend pas livraison des marchandises dans le délai supplémentaire proposé par le vendeur ». L'inexécution par l'acheteur de l'une des obligations convenues constitue un manquement qui rend les intérêts inégaux. Selon Hélène Boucard « L'obligation contractuelle est (...) la mesure de l'exécution comme de l'inexécution »¹⁶⁸. La résolution apparaît, en ce sens, comme un moyen permettant au vendeur de se retrouver dans sa situation antérieure. De même, dans le contrat de bail¹⁶⁹, pour paraître aux inégalités, le législateur met à la charge du preneur, l'obligation de respecter tous ses engagements à défaut de quoi le contrat peut être mis fin par le biais de la résiliation. Ainsi, la résiliation peut intervenir, en cas de défaut de paiement, par le preneur, du loyer. Il en est de même si l'une des clauses du contrat n'est pas respectée. L'action doit être intentée par le bailleur devant la juridiction compétente. Cette action est assortie d'une mise en demeure par la délivrance d'un acte extrajudiciaire. De même, dans un arrêt, la cour de cassation, considère que « *La gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non*¹⁷⁰ ». La protection de la partie en situation de vulnérabilité étant un impératif, elle contribue de plus en plus à une expansion du solidarisme.

Section II : Le solidarisme contractuel en expansion

Depuis, la jurisprudence et la doctrine se sont intéressées à la création de nouvelles obligations qui ont été pour la plupart reprises par le législateur. Par ailleurs, l'expansion du

¹⁶⁸ H. BOUCARD, « Responsabilité contractuelle », Dalloz, 2014, n° 208.

¹⁶⁹ Art. 101, AUDCG.

¹⁷⁰ Cass. 1re civ., 28 oct. 2003, n° 01-03.662, Bull. civ. I, n° 211, p. 166, Rev. Contrats 2004, notes D. MAZEAUD et L. AYNES, à paraître, Rev. Lamy dr. civ. févr. 2004, n° 2, p. 5, note E. GARAUD, Contrats, conc., consom. 2004, p. 14, obs. L. LEVENEUR.

solidarisme ne s'est pas seulement limitée à la création d'obligations nouvelles, mais aussi elle est perceptible à travers l'émergence de nouveaux pouvoirs (**paragraphe I**) et de réelles sanctions (**paragraphe II**).

Paragraphe I : L'émergence de nouvelles obligations

De plus en plus, des obligations sont mises à la charge des parties. Cela procède à renforcer l'esprit de coopération et d'entraide des contractants qui ne sont d'égales forces. La liberté contractuelle, à elle seule, ne saurait suffire ou prêter main forte à l'équilibre tant voulu et rechercher par le solidarisme contractuel. À côté de la doctrine, le juge et le législateur ont entrepris cette lutte tendant à protéger la partie faible. Cette initiative tant recherchée est à l'origine de nouvelles obligations comme la motivation. Il est exigé de l'une des parties une motivation de ses actes pour ne pas préjudicier l'autre. De même, l'obligation de minimiser son dommage a été créée pour éviter que la victime profite de sa situation et obtenir une indemnisation excessive. Partant, il sera question, dans cette partie d'étudier l'obligation de motivation (**A**), avant de s'adonner à l'analyse de l'obligation de minimiser le dommage (**B**).

A : L'obligation de motivation

L'obligation de motivation est une technique¹⁷¹ qui vise l'énonciation expresse ou concomitante des motifs d'un acte juridique. Le juge s'en sert afin de pouvoir instaurer l'équilibre contractuel, car le désir d'épanouissement personnel conduit les plus forts à *abuser des plus faibles en les soumettant ou en les asservissant*¹⁷². En plus de stabiliser le lien obligationnel, l'obligation de motivation permet à la partie faible de contester les injustices qu'elle subit du fait des actes unilatéraux. Avec la prolifération, et la diversification des contrats spéciaux, la recherche de l'équilibre contractuel est devenue un impératif. En matière contractuelle l'obligation de motivation peut avoir un double rôle¹⁷³. Le premier est originel et vise la restriction de la liberté contractuelle dans la mesure où l'inégalité des parties peut causer des effets négatifs. Le deuxième rôle s'intéresse à l'encadrement des comportements des parties au regard des pouvoirs qui leur sont conférés, il est dit original. Dans les contrats cadres, le législateur prévoit la possibilité pour l'un des contractants de fixer le prix sous le respect de certaines conditions. Certes une prérogative est accordée au contractant mais il demeure que celle-ci est soumise à une obligation de motivation. Autrement, si l'autre partie s'oppose à la

¹⁷¹ [www.Google. L'obligation de motivation en droit des contrats \[Texte imprimé\] / Jamal Rbii. - \[S.l.\] : \[s.n.\], 2009](#) (dernière consultation, le 02/02/2019).

¹⁷² G. TABI-TABI, « Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel: du volontarisme au solidarisme? », op.cit., p. 75.

¹⁷³ . [www.Google. L'obligation de motivation en droit des contrats \[Texte imprimé\] / Jamal Rbii. - \[S.l.\] : \[s.n.\], 2009](#) (dernière consultation, le 02/02/2019). loc.cit.,.

fixation du prix, celle qui l'avait fixée précédemment sera tenue d'apporter les motifs¹⁷⁴ qui l'ont poussée à décider ou agir ainsi. Dans les contrats de prestation de service, le législateur énonce que : « (...) *le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation* ¹⁷⁵». Le créancier est tenu de motiver sa décision portant sur le prix si le débiteur s'y oppose. À ce propos, il doit prouver que le montant proposé répond bel et bien aux normes et aux pratiques relatives aux contrats de prestation de service. La motivation intervient aussi, en cas de rupture unilatérale du contrat. La partie qui a l'initiative de la rupture unilatérale doit apporter la preuve que son cocontractant a manqué gravement à son obligation. La gravité du manquement constitue un critère déterminant pour la motivation de la décision. Il a été jugé que : « *La faute ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur*¹⁷⁶ ». Le juge peut intervenir pour apporter des clarifications par rapport à la gravité du manquement, car appliquer directement les arguments donnés par le créancier sans pour autant passer à une vérification serait d'une extrême gravité. L'intervention du juge serait d'une grande importance, car permettra de rééquilibrer les rapports des contractants. Le concept de manquement grave n'a pas été clairement défini, car l'ordonnance de 2016 n'en a apporté aucune précision, donc il revient au juge d'en trouver. Dans un arrêt du 15 Avril 1845, la cour de cassation affirme que : « (...) *Les tribunaux doivent examiner et apprécier les faits et les actes constitutifs de l'inexécution et les conséquences qu'elle doit avoir, (...) la loi n'a pas fixé les limites dans lesquelles le juge doit se renfermer pour son appréciation, d'où il suit que cette appréciation lui appartient exclusivement*». Le juge doit également «*Apprécier d'après les circonstances de fait, si cette inexécution a eu assez d'importance pour que la résolution puisse être prononcée, ou si elle ne sera pas suffisamment réparée par une condamnation à des dommages-intérêts*¹⁷⁷».

À côté de l'obligation de motivation d'autres ont occupé la scène contractuelle. Afin de protéger l'auteur d'un dommage des réparations excessives, il est mis à la charge de la victime l'obligation de minimiser son dommage.

B : L'obligation de minimiser le dommage

Dans un monde où les relations contractuelles semblent être tournées vers le respect de la bonne foi en tant que principe sacrosaint du solidarisme, l'obligation de minimiser son

¹⁷⁴ Art. 1164 code civil.

¹⁷⁵ Art. 1165, Code civil.

¹⁷⁶ Cass. Com., 29 juin 2010, n° 09-11841.

¹⁷⁷ Cass. Civ., 15 avril 1845, D.P. 1845, 1, 411 ; S. 1845, 1, 345.

dommage apparaît comme une évidence. Cette obligation d'inspiration anglo-saxonne est plus connue sous le nom de « *mitigation of damage* ». En droit français, ni le législateur, ni la jurisprudence ne l'a consacré expressément. Le juge français s'est montré depuis toujours, plus que déterminé, à ne pas donner de suite favorable à l'application d'une telle obligation. Partant, la cour de cassation avait cassé une décision dans laquelle le juge pour retenir la responsabilité de la demanderesse considérait que le dommage découlant du non remplacement ultérieur des étais volés et servant à soutenir la façade avait été causé par la faute de la demanderesse qui avait la possibilité « *de décider de toute mesure conservatoire utile de nature à éviter l'aggravation du dommage provoqué par la disparition des étais et l'abandon de l'immeuble pendant plusieurs mois* ¹⁷⁸», mais s'était abstenue de le faire. À ce propos, la haute juridiction martèle que : « *l'auteur d'un dommage doit en réparer toutes les conséquences et que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable* ».

De plus en plus, il est important de rappeler que la doctrine s'échine à démontrer les balbutiements de cette obligation par l'entremise de la bonne foi même si la loi ou la jurisprudence n'en pipât mot. Un auteur du nom d'Y.-M. Laithier considère que « *le devoir de restreindre le dommage peut être fondé sur celui qu'ont les parties d'exécuter les conventions de bonne foi*¹⁷⁹ ». Pour sa part, Reifegerste estime que « *le devoir de bonne foi peut imposer au créancier l'obligation de limiter son dommage* ¹⁸⁰». Ces auteurs se montrent plus qu'obnubilés par la consécration et la prise en compte de la minimisation du dommage dans les relations contractuelles et contestent, par ailleurs, la position de la cour de cassation qu'ils qualifient « *d'excessive et de catégorique*¹⁸¹ ».

Une place de choix est accordée à la mitigation of damage, en droit anglo-saxon qui constitue sa terre d'élection. Selon la doctrine, cette obligation aurait vu le jour en 1912 dans une affaire où le juge s'était évertué à consacrer une sanction attachée à la passivité du créancier¹⁸². Il avait apporté des restrictions au principe de la réparation intégrale pour motif que le créancier avait manqué à son obligation de prendre des mesures nécessaires afin de restreindre son préjudice. De même, il a été exigé du créancier l'initiative de trouver un

¹⁷⁸ Cass. fr. (3^e ch.), 10 juillet 2013, inédit, n°12-13.851.

¹⁷⁹ Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 445.

¹⁸⁰ S. REIFEGESTRE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en Provence, P.U.A.M., 2002, pp. 137-138.

¹⁸¹ S. REIFEGESTRE, loc.cit.

¹⁸² *British Westinghouse Electric and manufacturing Company, Ltd. v. Underground Electric Railways Company of London, Ltd.*, (1912) AC 673, p. 689.

remplacement en vue d'éviter le conséquent préjudice qui résulterait du grand délai d'attente jusqu'au verdict d'un procès. En matière commerciale, les affaires *Gainsford Carroll*¹⁸³ et *Harries Edmonds*¹⁸⁴ constituent des exemples patents consacrant l'obligation unilatérale de remplacement.

Après avoir fait un tour d'horizon sur les obligations nouvellement créées, il s'avère nécessaire de revenir sur les pouvoirs et les sanctions découlant de l'expansion du solidarisme.

Paragraphe II : L'émergence de nouveaux pouvoirs et de réelles sanctions

L'émergence de ces pouvoirs nouveaux est sous-tendue par la volonté de permettre aux parties d'avoir la main mise sur le lien obligationnel. Elle cherche, aussi, à mettre le juge au cœur du dispositif contractuel pour un meilleur contrôle dudit dispositif. Pour lui faciliter cette tâche ardue, des sanctions ont été mises sur place, car il serait une ineptie de conférer des pouvoirs au juge sans lui donner l'arme lui permettant de faire face au conflit contractuel. Afin de mieux déterminer l'importance et l'efficacité de ces mécanismes, nous nous attèlerons de voir l'émergence des réelles sanctions (**B**) après avoir vu les nouveaux pouvoirs (**A**).

A : L'émergence de nouveaux pouvoirs

Les pouvoirs conférés dans le but d'assurer la survie du contrat semblent s'élargir de façon considérable. Une innovation de taille est à noter avec l'introduction de l'action interrogation. Il s'agit d'une possibilité offerte au tiers lui permettant par le biais d'un écrit de s'assurer de l'existence d'un pacte de préférence au profit d'un bénéficiaire supposé et de son intention de s'en prévaloir ou non¹⁸⁵. L'apport notoire de l'action interrogatoire est plus à rechercher dans ses effets qu'à sa nature. Au terme de l'alinéa 4 de l'article 1123, le bénéficiaire ne peut pas se prévaloir de l'action en nullité ou en substitution du contrat conclu par le tiers et le promettant, en l'absence de réponse dans le délai qui lui est accordé. Ces effets seront semblables en cas de réponse, par le bénéficiaire, indiquant sa non intention de se prévaloir de son droit de préférence. L'utilité de la consécration de l'action interrogatoire c'est de permettre au tiers de tirer pleinement jouissance du contrat qu'il aurait conclu avec le promettant. Cette jouissance ne pourra être effective que si le bénéficiaire ne se prévaut pas d'un pacte de préférence qu'il aurait conclu avec le promettant. Il a été donné également à l'une des parties, la possibilité de fixer unilatéralement le prix. Les contrats cadres¹⁸⁶ et les contrats de prestation

¹⁸³ *GAINSFORD v. CARROLL*, (1824) 2 B & C 624, 107 E.R. 516.

¹⁸⁴ *HARRIES v. EDMONDS*, (1845) 1 Car. & Kir. 686, (1845) 174 E.R. 991.

¹⁸⁵ Art. 1123 code civil.

¹⁸⁶ Art. 1164, code civil.

de service en constituent une parfaite illustration. Dans les contrats cadres, aux termes de l'article 1165 du code civil, sur commun accord des parties, l'une peut déterminer le prix. S'agissant des contrats de prestation de service la fixation du prix entre dans les pouvoirs du créancier et cela ne peut intervenir qu'avant l'exécution du contrat s'il est établi que les parties se trouvent en situation de désaccord. La jurisprudence n'est pas en reste sur le débat relatif à la fixation du prix. D'ailleurs dans un arrêt de la cour de cassation en date du 1^{er} Décembre 1995, la haute juridiction avait conféré le pouvoir de fixation unilatérale du prix. Hormis les pouvoirs accordés aux parties et aux tiers, d'autres ont été conférés au juge afin de lui permettre de mieux équilibrer le contrat. Il est donné au juge, la possibilité de réviser le contrat en cas de survenance de circonstances exceptionnelles sur demande de l'une des parties aux termes de l'article 1195. Ce pouvoir avant d'être consacré légalement a été déjà mis en pratique par le juge dans un arrêt dit Huard. Partant, nous sommes en droit de dire que la consécration de la révision pour imprévision n'est qu'un simple prolongement jurisprudentiel. En outre, la sanction permet de faire respecter la règle, car il serait anodin de conférer des pouvoirs aux parties, au juge ou aux tiers si ceux-ci ne sont assortis d'aucune sanction.

B : L'émergence de réelles sanctions

Le système libéral a longtemps influencé les économies du monde, car il a été considéré comme le meilleur. Malgré toutes les faveurs qui lui ont été accordées d'autres ont pris le contrepied de cette vision en ce sens que l'homme constitue un « loup pour l'homme ¹⁸⁷». Partant de ce constat, la passivité de l'Etat serait dangereuse, car le plus fort serait tenté d'abuser du plus faible. Cette intervention de l'Etat se caractérise par la mise en place de diverses sanctions. Dans le cadre de cette étude, nous ne saurions être exhaustifs dans la déclinaison des sanctions. Seules seront étudiées les sanctions relatives à l'exception d'inexécution en droit français, à la réduction du prix, à la fixation des prix et aux clauses abusives. Ainsi, une partie peut opposer à l'autre l'exception d'inexécution. Aux termes de l'article 1219 du code civil une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave. L'introduction de cette sanction aurait pour objectif de réparer le préjudice subi par l'une des parties du fait de l'inexécution par l'autre de ses obligations. Cependant, il est important de noter que cette

¹⁸⁷ Traduction de la locution latine *Homo homini lupus est*. Première occurrence de cette locution faite par Plaute dans sa comédie *Asinaria* vers 195 av. J.-C.

sanction n'est pas nouvelle en droit sénégalais, car le législateur l'avait déjà consacré à l'article 104 du code des obligations civiles et commerciales. De même, la jurisprudence n'y est pas passée pieds joints, car dans une affaire elle a considéré que, dans les contrats à exécution successive, l'acquéreur qui ne s'acquitte pas du prix intégral au moment convenu, commet un manquement grave qui justifie la résolution des contrats¹⁸⁸. En matière de fixation de prix, également, le juge peut sanctionner l'une des parties en cas d'abus. Cette sanction intervient, en cas de contestation du prix par le débiteur s'agissant des contrats de prestation de service. Dans les contrats d'adhésion le législateur, afin de protéger la partie en état de dépendance, exige que le contrat soit équilibré à défaut de quoi il est réputé non écrit. Cela l'amène à sanctionner toutes sortes de clauses pouvant être à l'origine de déséquilibres significatifs¹⁸⁹. Le contrat d'adhésion tel qu'il est constitué est réputé être un lien inégalitaire, car le plus souvent il lie un professionnel et un non professionnel. De même, la réfaction du prix a été consacrée, car l'article 1223 du code civil dispose : « *Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais* ». Le législateur donne au créancier, la possibilité de demander la réduction du prix, au cas où le débiteur aurait manqué à ses engagements.

La volonté des auteurs du courant solidariste de faire du contrat un outil de coopération ou la bonne foi serait appelée à régner en maître, est plus que noble vu son utilité incommensurable. Cependant, force est de constater que la question de l'existence du solidarisme est vouée à d'innombrables critiques. Ce qui placerait d'ailleurs cette vision au rang d'une utopie constructive.

¹⁸⁸ CA. n° 155 du 15 février 1985 DIENG / NDOUR.

¹⁸⁹ Art. 1171, code civil.

TITRE II : LE SOLIDARISME CONTRACTUEL, UNE UTOPIE CONSTRUCTIVE

Parler de solidarisme dans les relations contractuelles semblerait déroutant plus d'un. C'est d'ailleurs ce qui fait dire à G. Tabi-Tabi¹⁹⁰ que le solidarisme constitue une utopie en ce sens qu'il repose sur « *des présupposés difficilement vérifiables* ». Partant de la philosophie individualiste de l'école du droit naturel, le contrat ne saurait reposer sur la loi, car à l'image du contrat social, il découle de la volonté des parties. Cette philosophie professe que la volonté des parties constitue le socle du lien obligationnel et la loi aurait un rôle réduit qui consisterait à aider les parties à mieux respecter leurs engagements. A-t-on pu dire que « *les parties au contrat sont les meilleurs juges de son utilité* » ? C'est dire un peu que la survie et le maintien du contrat intéresse plus les parties que toute autre personne extérieure au contrat. Abondant dans la même logique, Maurice Tancelin affirmait que personne ne peut vouloir pour elle-même un rapport d'obligations qui ne protège pas ses intérêts¹⁹¹. Nous inspirant, aussi, de la célèbre formule de Fouillé, nous pouvons supputer que le contrat ne peut être que juste. Cette idée a été sous-tendue par Jean Pascal Chazal pour qui : « *La convention est la chose des parties, la justice contractuelle, leur affaire ; à l'instar de la loi du législateur, la loi du contrat est nécessairement juste ou irréfragablement présumée telle* ¹⁹² ». Cela étant, il convient de remarquer, comme l'examen du droit positif le révèle, que la liberté contractuelle et la force obligatoire ont encore de très beaux restes et que c'est aller un peu vite en besogne que d'entonner un *requiem* en leur honneur¹⁹³. Malgré toutes les opérations chirurgicales subies, la théorie de l'autonomie de la volonté continue d'occuper le trône du lien contractuel en ce sens que le solidarisme n'est pas mis en œuvre par les parties elles-mêmes (**chapitre I**). Cependant, force est de constater que même si le solidarisme n'est pas mis en pratique par les parties, son utilité par de là le droit des contrats serait à même de nous amener à trouver un juste milieu par rapport à sa perception dans les relations contractuelles (**chapitre II**).

¹⁹⁰ G. TABI-TABI, op.cit., p. 79.

¹⁹¹ M. TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, WILSON & Lafleur, 2009, p. 56; Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 35; René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, op.cit., p. 19.

¹⁹² J. P. CHAZAL. *Justice contractuelle*. CADIET, Loïc. Dictionnaire de la justice, Presses Universitaires de France (PUF), 2004. op.cit., p.3.

¹⁹³ D. MAZEAUD, op.cit., p 626.

Chapitre I : L'absence d'une mise en œuvre du solidarisme par les parties

Le solidarisme peine à être pris en compte par les parties, car le principe de l'autonomie de la volonté reste, malgré toutes les critiques qui ont été formulées à son égard, la cheville ouvrière du contrat. En ce sens, il a été dit que la protection, que l'information imposée assure au contractant supposé faible, « *est ordonnée à la valeur du consentement* ¹⁹⁴», donc c'est dire un peu que le devoir de loyauté qu'incarne celle-ci aurait pour but de rendre « *hommage à la liberté* ¹⁹⁵ ». De même, les parties restent soumises au respect de la force obligatoire et ne sauraient en aucun cas y déroger. L'absence d'une mise en œuvre des principes découlant de l'autonomie de la volonté est réprimée. Comme le souligne Philippe Rémy, la méconnaissance par une partie de la force obligatoire du contrat est susceptible d'aboutir à sa condamnation à des dommages et intérêts, à raison de l'inexécution de l'obligation, entre autres remèdes possibles ¹⁹⁶. Par ailleurs, au contraire de ceux qui pensent que le contrat est outil de coopération, il est important de montrer que celui-ci repose sur une lutte d'intérêts (**section II**) en ce sens que les relations issues dudit lien constituent la chasse gardée de l'individualisme (**section I**).

Section I : La prééminence de l'individualisme

Même si le contrat semble être innervé par les exigences de bonne foi, il n'en demeure pas moins qu'il reste soumis à la tutelle du principe de l'autonomie de la volonté. La primauté de la volonté individuelle trouverait, ainsi, jouissance dans l'application de ladite théorie (**paragraphe I**) ainsi que dans la mise en œuvre de ses corollaires (**paragraphe II**).

Paragraphe I : L'application de l'autonomie de la volonté

Cette théorie fut employée pour la première fois à la fin du XIXe siècle ¹⁹⁷ par les internationalistes et évoquait l'idée selon laquelle la loi applicable au contrat serait celle choisie par les parties ¹⁹⁸. C'est après qu'elle fut définie, par les civilistes, comme le principe du libre jeu des volontés dans les conventions privées ¹⁹⁹. En France, son apparition est concomitante au passage d'une école juridique classique à une école juridique nouvelle ²⁰⁰. Même s'il est avéré

¹⁹⁴ G. CORNU, *L'évolution du droit des contrats en France*.

¹⁹⁵ D. MAZEAUD, *op.cit.*, p 630.

¹⁹⁶ Cité dans H. LECUYER, « Le contrat, un acte de prévision In l'avenir du droit », *Mélange en hommage à François TERRE*, Dalloz, PUF 1999, p 653.

¹⁹⁷ V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, préf. J.-P. Lévy, Paris, PUF, 1980.

¹⁹⁸ F. CHENEDE, *De l'autonomie de la volonté à la justice commutative du mythe à la réalité*. *Droit philosophie: annuaire de l'Institut Michel VILLEY*, Dalloz, 2012, 4, pp.155-181. <halshs-01071905>, page 156

¹⁹⁹ Id.

²⁰⁰ C. JAMIN, « Dix-neuf-cent : crise et renouveau dans la culture juridique », in : Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 2003.

que cette théorie est apparue sous la plume des auteurs civilistes, c'est à Emmanuel Gounot qu'elle doit sa postérité²⁰¹ dans une thèse intitulée, *Le principe d'autonomie de la volonté*, publiée en 1912. Cette théorie met en exergue l'idée selon laquelle, la volonté est la source de toute obligation. Pour une meilleure compréhension nous nous proposons de revenir sur les questions relatives au principe du consensualisme(B) et à la liberté contractuelle(A).

A. La liberté contractuelle

Même si les exigences de solidarité, de bonne foi et de loyauté semblent occuper le devant de la scène, elles n'ont pu rayer la liberté contractuelle et n'ont pu déclencher une invasion judiciaire du contrat²⁰². Ce principe²⁰³ qui se traduit par la liberté de contracter ou ne pas contracter, la liberté de choisir son cocontractant et la liberté de déterminer le contenu du contrat continue d'être et demeure le principe sacrosaint de l'autonomie de la volonté et par de-là même celui du contrat. La force dudit principe dans le processus contractuel n'est plus à démontrer. Dans un arrêt de la cour d'appel de Pau le juge précise : « *on ne saurait sans porter gravement atteinte à la liberté individuelle et à la sécurité commerciale, admettre à la légère qu'un commerçant puisse être responsable pour n'avoir pas donné suite à des pourparlers et pour avoir traité avec un concurrent* ²⁰⁴ ». S'inspirant de cette solution nous sommes en droit de dire qu'en matière précontractuelle, la liberté des parties reste le principe et l'exigence de loyauté ne saurait, en aucun cas imposer ni la confidentialité, ni l'exclusivité des pourparlers à moins qu'il y ait des clauses contraires stipulées la prévoyant²⁰⁵. De même, si l'on se réfère à l'exemple emblématique des clauses abusives, l'on se rend compte très vite que la liberté contractuelle ne se porte pas très mal dans un domaine où pourtant beaucoup avait prédit qu'elle ne résisterait pas aux coups de boutoirs du juge imbu de l'idéologie consumériste²⁰⁶. Cela est sous-tendu par des arguments jurisprudentiels dans la mesure où le juge refuse d'étendre le champ d'application de la protection consumériste dans les rapports entre professionnels²⁰⁷ et considère, par ailleurs, que la liberté contractuelle n'a pas été sacrifiée sur l'autel du droit de la

²⁰¹ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912. Addedeux thèses postérieures, de moindre portée toutefois : Robert PONCEAU, *La volonté dans le contrat suivant le Code civil, Essai d'une construction nouvelle*, Lyon, 1921, et Nicolas COUMAROS, *La rôle de la volonté dans l'acte juridique, Étude critique de la conception classique*, thèse, Bordeaux, 1931.

²⁰² D. MAZEAUD « Loyauté, Solidarité, Fraternité : la nouvelle devise contractuelle », op.cit., p. 628.

²⁰³ Art. 42 COCC.

²⁰⁴ Pau, 14 janvier 1969, D, 1969, 716.

²⁰⁵ En ce sens, Versailles, 5 mars 1993, RTD civ, 1993, 752, obs. J. MESTRE ; Bordeaux, 11 juin 1996 : JPC, éd. E, 1997, D, 1969, p.716.

²⁰⁶ D. MAZEAUD, op.cit., p. 627.

²⁰⁷ D. MAZEAUD, *L'attraction du droit de la consommation, RTD com, 1998, p.95 et s* ; G. PAISANT, *La protection par le droit de la consommation, in les clauses abusives entre professionnels, Economica, 1998, p. 17 et s.*

consommation²⁰⁸. Les clauses résolutoires, également, bien vrai qu'elles soient réputées dangereuses pour le débiteur de bonne foi²⁰⁹ et les tiers continuent encore de gagner du terrain. Il en est de même des clauses limitatives et élusives de réparation et de responsabilité qui subsistent dans d'innombrables contrats²¹⁰ malgré moult menaces qui leurs ont été faites par la loi et la jurisprudence.

Au regard de ce qui précède, il est important de déceler que la liberté contractuelle, qui constitue la pierre de retouche du contrat, ne s'est pas pour le moins égarée dans les labyrinthes des obligations nouvellement créées et serait par ailleurs secondée dans cette mission par le principe du consensualisme.

B. Le principe du consensualisme

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. Il a été, en effet, secondé dans cette mission noble par le principe du consensualisme. En vertu de ce principe, le contrat peut être formé par « *le seul accord de volonté* ²¹¹ » sans qu'une forme particulière n'intervienne. En droit sénégalais, la place du consensualisme, dans le processus de formation du contrat est prépondérante. Au terme de l'article 41 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal, le contrat est par principe consensuel²¹². Par de là le droit sénégalais des contrats, celui-ci a été consacré à l'échelle internationale. Selon l'article 11 de la Convention de Vienne du 11 Avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandise : « *le contrat de vente n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune autre condition de forme* ». Cet article précise que la conclusion de la vente n'est soumise au respect d'aucune forme. Le consensualisme joue un rôle protecteur en ce sens qu'il permet de sécuriser la relation contractuelle valablement conclue. La sécurité juridique assurée par ce principe aurait pour vocation d'empêcher à la partie de mauvaise foi de profiter de l'absence de formalisme pour nier l'existence du contrat. Le contrat étant conclu dès l'échange des consentements, les parties ne sauraient y abdiquer facilement. En plus, le consensualisme serait doté d'une force non négligeable et produirait des effets immédiats. Hervé Lécuyer soutient à ce propos qu'on ne

²⁰⁸ Cass. Civ. 1^{er}, 13 novembre 1996.

²⁰⁹ Cass. Civ. 3^e, 10 mars 1993.

²¹⁰ Pour un cas dans lequel la cour de cassation a « découvert » une clause exonératoire de responsabilité dans les stipulations qui accordée au créancier le droit de résiliation unilatérale sans indemnité, v Cass. Com. 21 mars 1996, *RTD civ*, 1997, 124, obs. J. MESTRE.

²¹¹ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 6^eéd, n°59.

²¹² Art. 41 COCC. « *Aucune forme n'est requise pour la formation du contrat, sous réserve des dispositions exigeant un écrit ou d'autres formalités pour la validité d'un contrat déterminé* ».

peut rien contre l'effet du contrat, produit instantané et automatique de la volonté des parties. À Lécuyer, également de continuer, l'effet du contrat ne peut pas ne pas se produire, dès lors que les parties ont échangé leur consentement²¹³. D'ailleurs, dans un arrêt de la première chambre civile de la cour de cassation, le juge avait exigé, l'exécution forcée d'un contrat de prêt, au nom du respect du principe du consensualisme²¹⁴. Dans cet arrêt, le juge considère que l'exécution était une obligation en ce sens que le contrat était conclu dès la rencontre des volontés même s'il n'y a pas un écrit à la base.

Bien vrai qu'il soit un élément déterminant du lien obligationnel, le consensualisme ne saurait à lui seul assurer la stabilité dudit lien. Ceci dit, les autres corollaires que sont la force obligatoire et l'effet relatif seraient d'un très grand apport.

Paragraphe II : Les autres corollaires de la théorie de l'autonomie de la volonté

Les idées de solidarité, de cohérence de coopération, d'entraide, de loyauté, de fraternité découlant de la bonne foi ne sauraient, malgré les innombrables mises en garde, freiner le fleurissement de l'autonomie de la volonté qui demeure et reste le piédestal du contrat. Ce principe ne se porte pas mal et son action continue d'être perpétrée par d'autres corollaires que sont la force obligatoire(A) et l'effet relatif(B) qui sont venus prêter main forte à la liberté contractuelle et au consensualisme.

A. La force obligatoire du contrat

La force obligatoire part de l'idée selon laquelle le contrat valablement formé lie les parties²¹⁵. Cette dernière est sous-tendue par le principe d'intangibilité qui exige qu'une sanction soit infligée, en cas de non-respect de la parole donnée²¹⁶. De l'intangibilité du contrat résulte deux corollaires celui d'irrévocabilité²¹⁷ et d'immutabilité. Au nom de l'irrévocabilité²¹⁸, les parties ne sauraient se départir de leur engagement sans l'accord préalable de leur cocontractant. L'immutabilité²¹⁹ implique le fait que les parties ne puissent résilier ou modifier le contrat sans le consentement de leur cocontractant. Pour décliner le rôle fondamental de la force obligatoire, Y. Pagnerre affirmait : *«Pour des raisons évidentes de sécurité juridique et*

²¹³ H. LECUYER, op.cit., p. 646.

²¹⁴ Cass 1^{er} civ, 13 mars 2008.

²¹⁵ Dictionnaire du vocabulaire juridique, 2012 Lexis Nexis.

²¹⁶ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, n° 91, p. 345 : « Le problème de la force obligatoire du contrat naît comme problème juridique qu'à partir du moment où le débiteur ne veut plus s'exécuter ».

²¹⁷ G. PAISANT, « Introduction », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Droit et patr. mars 1998, n° 58, p. 42, spéc. p. 42.

²¹⁸ Art. 96 COCC.

²¹⁹ Art. 97 COCC.

en référence à la liberté individuelle, l'engagement dispose par principe d'une force obligatoire imposant son immutabilité, son intangibilité et son irrévocabilité²²⁰ ». C'est dire que l'irrévocabilité qui repose sur des exigences de sécurité et de liberté aurait les mêmes fondements que la force obligatoire²²¹. Le contrat étant un acte de prévision²²², il prohibe à tout le moins que les prévisions des parties soient déjouées²²³. Il s'agit là d'un élément sine qua non permettant de couvrir la volonté des parties. Cela est d'autant plus perceptible que la méconnaissance par une partie contractante de la force obligatoire du contrat est réprimée. La répression consiste à allouer des dommages et intérêts²²⁴. La force obligatoire trouve même à s'appliquer en droit des sociétés. L'associé étant lié à la société ne saurait se délier purement et simplement de ses engagements avant l'échéance du contrat de société. Autrement dit, il reste tenu de respecter promptement tant que le contrat n'est pas arrivé à terme. Partant de toutes ces considérations, il est loisible de dire que le principe de la force obligatoire ne saurait, en aucun cas, être extirpé du champ contractuel. Il contribue à faire respecter l'expression de la volonté dans la mesure où il empêche aux parties de se délier n'importe quand et n'importe comment. De même, il se montre très hostile à toute tentative de modification ou de résiliation indépendante de la volonté des parties.

Les parties, en plus d'être soumises au respect de la force obligatoire, restent tenues au respect de l'effet relatif en ce sens que le contrat ne saurait faire naître des obligations à la charge des personnes qui ne l'ont pas conclu.

B. L'effet relatif du contrat

Reprise de la maxime « *Res inter alios acta aliis ne que nocere ne que prodesse potest* », le principe de l'effet relatif²²⁵ a comme siège l'article 110 du code des obligations civiles et commerciales en vertu duquel, le contrat ne produit d'obligations pour les tiers. Le contrat serait, en effet, l'affaire des parties et ne saurait, en aucun cas faire naître des obligations à la

²²⁰ Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, préf. B. TEYSSIE et J.-M. OLIVIER, n° 442, p. 479.

²²¹ P. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. De C. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, 1999, p. 87, spéc. p. 91 : « *Quant à sortir prématurément du contrat, ce n'est que difficilement possible à la seule initiative d'un contractant. Même quand le partenaire n'exécute pas, il y faut en principe l'autorisation du juge... A titre principal, l'interdiction de mettre unilatéralement fin au contrat repose bien sur la force obligatoire de celui-ci. Sans doute l'interdiction admet-elle des exceptions légales, mais dispersées et peu significatives... la justification repose sur l'idée de protection comme s'il fallait garantir une partie contre l'abus de la force obligatoire du contrat* ».

²²² H. LECUYER, « Le contrat, un acte de prévision » op.cit., p 651.

²²³ P. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil. Les obligations*, Cujas, 8^e éd, 1998, n°342

²²⁴ H. LECUYER, op.cit., p 653.

²²⁵ A. WEILL, *La relativité des conventions en droit privé français, thèse*, Strasbourg, 1938 ; J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Bibl. dr. privé, t. 171, LGDJ, 1981, préf. H. BATIFOL ; M. BACACHE, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, Bibl. dr. privé, LGDJ, t. 268, 1996.

charge des personnes qui ne l'ont pas conclu. Comme en attestent les mots de R. Savatier, seules les parties au contrat peuvent devenir créancier ou débiteurs par l'effet de celui-ci²²⁶. Les contrats ont une valeur relative limitée aux parties, ils ne peuvent ni faire acquérir des droits aux tiers ni les constituer en débiteurs. Afin de mieux cerner les contours de l'effet relatif, il nous semble opportun de déterminer préalablement les notions de parties et de tiers. L'élucidation des concepts de parties et de tiers n'a manqué de susciter de vives controverses doctrinales²²⁷, car ces notions évoluent au gré des mutations économiques et sociales, de même, il existe d'autres catégories intermédiaires difficiles à classer. Pour nous rendre compte de l'évidence, nous allons revenir sur l'appréhension des dites notions. La notion de partie implique les personnes qui ont conclu le contrat. Cette conclusion peut se faire par elles-mêmes ou par l'intermédiaire d'un représentant. Cependant, force est de constater que cette notion est élastique, car ne se limitant pas seulement aux personnes obligées²²⁸, au moment de la formation du contrat. De parties, il faut entendre, aussi, les ayants cause universels ou à titre universel²²⁹. Cela est d'autant plus perceptible avec la situation des héritiers qui deviennent débiteurs et créanciers du fait du droit successoral. A cela s'ajoute la situation du cessionnaire qui devient partie du contrat antérieurement conclu par le cédant²³⁰. La notion de tiers quant à elle est polysémique en ce sens qu'elle signale une pluralité d'acceptions. Tout d'abord, elle désigne l'acquéreur d'un droit en cas de transmission si est seulement si l'action porte sur un bien déterminé. Cela est illustré par le contrat de vente où l'acheteur du bien devient acquéreur. De même, cette catégorisation procède de l'exemple des créanciers chirographaires²³¹. Ce sont des créanciers ordinaires qui ne jouissent d'aucun privilège même si l'augmentation de l'actif du débiteur sécurise leur droit de gage général. À ce propos, leur situation se rapproche de celle des ayants cause à titre universel mais ne saurait être la même dans la mesure où ils ne deviennent ni créanciers ni débiteur des obligations. En outre à la dénomination de tiers toute personne qui n'est ni personnellement partie, ni représentée au contrat, ni ayant cause et ni créancier des parties²³². Tout bien considéré, il s'avère nécessaire de montrer que le contrat *ne*

²²⁶ R. SAVATIER, *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, RTD civ. 1934, p. 525.

²²⁷ J. GHESTIN, « La distinction des parties et des tiers », JCP1992.1.3628, no 4 et la critique de J.-L. AUBERT, « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », RTD civ.1993.263 et s. ; C. GUELFUCCI THIBIERGE, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la partie du principe de l'effet relatif », RTD civ.1994, 275 ; J. GHESTIN, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », RTD civ.1994, 777.

²²⁸ J.L.CORREA, *Droit des obligations*, UASZ, SJ, 2013-2014, inédit, p. 89.

²²⁹ id.

²³⁰ Art. 244, COCC.

²³¹ Art. 200 al. 1^{er} COCC.

²³² J.L. CORREA, *Droit des obligations*, UASZ, SJ, 2013-2014 inédit, op.cit., p.90.

*nuise ni ne profite au tiers*²³³ même s'ils sont tenus de respecter les droits et les obligations qu'il fait naître à la charge des parties.

Etant conclu en respect de la volonté des parties, le contrat ne saurait créer des obligations qu'à leur charge. Le contrat constitue, par ailleurs, une lutte d'intérêt en ce sens qu'il permet à chaque partie de s'engager dans une relation contractuelle qui s'adonne plus à ses intérêts.

Section II : Le contrat : une lutte d'intérêt

Le contrat serait une lutte d'intérêts antagonistes (**paragraphe I**) dans la mesure où chaque partie cherche à gagner plus qu'elle ne dépense. Cela étant, le sentimentalisme ne saurait se concevoir dans le champ contractuel (**paragraphe II**).

Paragraphe I : Une lutte d'intérêts antagonistes

Le contrat étant tributaire de la libre volonté, 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. 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* »²³⁴, 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. Etant un moyen permettant de faire des affaires (**B**), le contrat serait très éloigné du but commun (**A**).

A. L'absence de but commun

Parler de but commun dans la relation contractuelle, c'est méconnaître la nature du contrat. Vouloir appliquer la solidarité dans les relations contractuelles serait source de confusion manifeste. La solidarité entre contractants relève de l'organisation sociale et non du contrat. Cela étant, il serait impossible d'imposer aux parties cette solidarité qui du reste est un idéal et ne relève aucunement de la réalité juridique. Courdier pour sa part repousse jusqu'à la dernière énergie l'existence du but commun qu'elle considère comme étant en parfaite déphasage avec la réalité juridique²³⁵. Il serait tout de même illusoire de penser que le contrat est la somme des buts individuels, car dans un contrat chacun à son but à atteindre et ce but ne saurait être rattaché à celui de l'autre. Chaque partie œuvrant prioritairement à la réalisation de

²³³ P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », prévision In l'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF 1999, p 635.

²³⁴ Voir aussi RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ. 4.

²³⁵ A. S. C. CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Litec, 2006, p. 15.

ses intérêts légitimes, la solidarité ne peut juridiquement résulter de la conception du but commun que soutient Demogue²³⁶. Il appert donc que pour que l'expression « solidarisme contractuel » ait pleinement son sens, son application dans les rapports d'obligations doit exprimer une solidarité qui tire ses sources du contrat lui-même et non de la solidarité sociale qui est d'ordre socio-politique²³⁷. Au regard de ce qui précède, il est permis de défendre que le contrat ne trouve aucunement jouissance dans le concept de but commun dans la mesure où ledit concept n'est que pure illusion. Le contrat ne relevant pas de la morale, il serait d'aller trop vite en besogne que de vouloir concevoir une relation contractuelle basée sur l'amour ou l'amitié encore faudrait-il le rappeler celui-ci aurait permis de faire des affaires.

B. Un moyen de faire des affaires

Tout part de l'assertion suivante : « *contracter, ce n'est pas entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de faire ses affaires*²³⁸ ». Comment peut-on justifier, dans un contrat, qu'une partie soit amenée à défendre l'intérêt de son cocontractant. Du fait de la défense des intérêts égoïstes, chaque partie cherche à tirer plus de profit possible. Quelle amitié peut-t-on établir entre un bailleur et un locataire ? Le bailleur cherchant à faire de bonnes affaires et le locataire étant préoccupé par la défense de ses intérêts. Les hommes étant naturellement libres et égaux, chacun se préoccupe de la défense de ses intérêts. De même dans une relation de travail, l'employeur qui cherche à gagner un profit ne considérerait jamais son travailleur comme un ami. Dans un contrat le lien d'amitié ne saurait se substituer aux intérêts recherchés par les parties.

Cela étant, demander à une partie de prendre en charge les intérêts de l'autre reviendrait à rendre l'autre incapable et à porter atteinte à sa dignité. C'est d'ailleurs ce qui fait dire à Coudier que respecter ne signifie pas assumer : il s'agit d'une prise en compte, non d'une prise en charge²³⁹. Demander aux parties de s'aimer comme des amis c'est à la limite méprendre le but individuel poursuivi par chacune, car on peut respecter ses obligations sans pour autant s'incruster dans les affaires de son cocontractant. Imposer un devoir de prise en charge c'est permettre à un commerçant qui n'a pas fait de bonnes affaires de se tourner vers le juge pour demander que le contrat soit négocié. À chaque variation de la conjoncture économique, on entrera dans une phase de négociations, qui pourrait bien devenir permanente. Il relèverait, par ailleurs, de l'excès que de considérer qu'une relation entre contractants soit analysée sous

²³⁶ id.

²³⁷ id.

²³⁸ F. TERRE, SIMLER et LEQUETTE, op. cit. n°40-1.

²³⁹ A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, op.cit. p. 316.

l'angle de l'amour ou de l'amitié. Pour briser cette considération qui relève plus du mythe que de la réalité, Doyen Carbonnier affirmait : « *On s'étonnera qu'à une époque où le mariage s'était peut-être trop transformé en contrat, certains aient rêvé de transformer tout contrat en mariage*²⁴⁰ ». Parler d'amour et d'amitié c'est élever le lien contractuel au rang du mariage or on le sait le mariage nécessite des sacrifices qui ne sont pas de mise dans les rapports entre contractants. Les sentiments ne sauraient, par ailleurs, occuper une place dans le lien contractuel.

Paragraphe II : L'absence de sentimentalisme dans les relations contractuelles

Vouloir colorier le lien contractuel d'amour, d'amitié et de fraternité serait pire naïveté, angélisme, romantisme et pour tout dire bovarysme²⁴¹. Parler de fraternité c'est encourager le sentimentalisme qui n'est pas de mise dans les rapports qui unissent les contractants. De même parler de fraternité c'est se méprendre de ce que le doyen Carbonnier appelait la « *coopération antagoniste*²⁴² ». Le contrat étant un moyen permettant à une partie de faire ses affaires, ne saurait s'extirper des antagonismes qui sont pour l'essentiel inhérents à l'essence du contrat. La fraternité recommandée par certains auteurs comme C. Thibierge. Guelfucci dépassant de loin les exigences de la solidarité reste une vue d'esprit (A). Le contrat étant une lutte d'intérêt ne s'apparente aucunement à une œuvre de charité (B).

A. La fraternité contractuelle, une vue d'esprit

Selon certains auteurs : « *la bonne foi c'est, 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*²⁴³ ». Cette idée n'a pas fait l'unanimité, car étant considérée comme une pure illusion dans la mesure où le contrat demeure l'apanage d'irréductibles antagonismes. De même si certains considèrent que le contrat fédère les idées de « *loyauté, de solidarité et de fraternité*²⁴⁴ » force est de constater que la bonne foi n'est pas assimilable à un devoir de solidarité. Opérer une mutation de la bonne foi vers le devoir de fraternité reviendrait à créer un préjudice tout aussi préoccupant que celui que l'on veut faire disparaître²⁴⁵. La fraternité contractuelle est en parfaite déphasage avec les principes de liberté, d'égalité et de

²⁴⁰ J. CARBONNIER, *Les obligations*, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, p. 227.

²⁴¹ J. CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », Rapport annuel de la Cour de cassation, 2003.

²⁴² RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ. 4.

²⁴³ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1998, n° 55, p. 229-231.

²⁴⁴ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle? », op.cit., p. 609.

²⁴⁵ M. A. GREGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 185-188.

stabilité qui selon D. Mazeaud constitue, depuis deux siècles, les « *mamelles*²⁴⁶ » du droit des contrats. Cette pensée a été étayée par l'affirmation de G. Tabi-Tabi pour qui la fraternité ne pourrait être décrétée et ne saurait aucunement faire l'objet d'une contractualisation. D'ailleurs, il le précise en ces termes : « *Il serait presque illusoire, tant sur le plan théorique que dans la réalité pratique, de prétendre que les contractants se doivent réciproquement ou peuvent se prescrire des sentiments fraternels* ²⁴⁷ ». C'est dire autrement que la fraternité contractuelle s'accommode mal de la réalité contractuelle et on ne saurait, sous le respect de la sécurité des affaires et la libre volonté des parties leur imposer la fraternité contractuelle. Cette fraternité qui est tant recommandé ne saurait être la matrice du droit en ce sens qu'elle s'accommode mal de la réalité juridique. En outre, le contrat se distingue considérablement d'une œuvre de charité.

B. L'inexistence de la charité contractuelle

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. Partant de ce fait, on ne saurait accepter la consécration abusive de certains corollaires du solidarisme qui relèvent plus de la morale que du droit. Cet état de fait a été fortement critiqué par Ph. Delebecque quand il affirmait que le contrat « *n'est pas et ne doit pas être une œuvre de charité. Il repose avant tout, comme l'a écrit et dit le doyen Carbonnier, sur un « antagonisme d'intérêts » et doit permettre tout simplement de faire de bonnes affaires. S'il faut réprimer les manœuvres déloyales, il n'est pas nécessaire d'encourager le sentimentalisme*²⁴⁸ ».

Encourager le sentimentalisme dans le contrat serait ignorer la nature réelle du contrat. Ce serait également réduire la force obligatoire du contrat à une peau de chagrin dans la mesure où le contrat serait de moins en moins obligatoire pour le débiteur. Le contrat étant un acte de provision²⁴⁹, les prévisions du créancier ne doivent, en aucun cas être déjouées. L'excès de consécration des règles liées à la bonne foi et par de là à la solidarité constitueraient des entraves imminentes aux dites prévisions. Comprendre que le contrat s'inscrit dans la logique d'une lutte antagoniste c'est, par ailleurs respecter la volonté des parties qui constitue la matrice du lien obligationnel. Le contrat serait le fruit d'une lutte d'intérêt et non une œuvre de charité, car ce n'est pas parce-que l'une des parties est considérée faible que l'autre doit renoncer à l'essentiel

²⁴⁶ D. MAZEAUD, « Mais qui a peur du solidarisme ? », Recueil Dalloz 2005 p.1828.

²⁴⁷ G. TABI-TABI, op.cit., p.90.

²⁴⁸ Rép. Défrénois, 1996, p. 1374.

²⁴⁹ H. LECUYER, « Le contrat, un acte de prévision », op.cit., p 653.

de l'avantage qui lui profite et qui constitue même la cause de son engagement. Pour répondre à ceux qui pensent que par-delà la nécessité quantitative d'un relatif équilibre des prestations et d'une quête d'égalité réelle des parties, 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 fraternité²⁵⁰, des auteurs défendent que « *contracter, ce n'est pas entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de faire ses affaires*²⁵¹ ». Le contrat exclut toute idée de charité basée sur la morale ou la religion et permet à chaque partie de poursuivre son but individuel.

Au regard de ce qui précède, il est important de montrer que les principes fondamentaux d'égalité et de liberté ne saurait 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 fraternité. Ceci dit, il convient de rechercher le juste milieu entre les principes classiques et ceux contemporains.

Chapitre II : Pour un juste milieu par rapport à la perception du solidarisme dans le contrat

Même si d'aucuns pensent que les principes classiques qui fondent le contrat s'inscrivent dans une opposition fatale avec ceux soutenus par les auteurs contemporains ; d'autres, par contre, sont aux antipodes de cette thèse. Pour ces derniers les principes de solidarité, de loyauté et fraternité édictés sous l'égide de la bonne foi s'inscrivent en droite ligne avec ceux commandés par l'autonomie de la volonté. C'est en ce sens qu'il a été dit que l'exigence de « *loyauté n'est pas incompatible avec l'impératif de sécurité juridique*²⁵² » dans la mesure où le juge, dans les contrats cadres, est doté d'un pouvoir lui permettant de contrôler, par la technique de l'abus, la déloyauté du maître du prix. De même, la question du prix est posée au moment de l'exécution du contrat, il en est de même de la résiliation et de la responsabilité qui sont substituées à la nullité absolue.

Le juge soucieux de la pérennité du contrat²⁵³ doit nécessairement faire recours à la bonne foi et aux innovations qu'elle a connues sans occulter le principe de la force obligatoire qui demeure ici comme ailleurs, le principe. Certes des pouvoirs ont été accordés au juge dans

²⁵⁰ C. THIBIERGE, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, op.cit., p. 357 et 376.

²⁵¹ F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, op. cit. n°40-1.

²⁵² C. JAMIN, *Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives*, JCP, 1996. 1. 3959.

²⁵³ M. E. PANCAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996.

l'exercice de ces fonctions pour lui permettre de mieux assurer l'équilibre du contrat par la mise en œuvre des principes de loyauté, de solidarité et de fraternité, mais il n'en demeure pas moins que ses attributions soient canalisées. Cela étant, le juge doit exercer les pouvoirs qui lui sont octroyés avec modération et pondération²⁵⁴. L'immixtion du juge ne saurait attenter à la prévisibilité et à la sécurité du contrat en ce sens que ces principes poursuivent « *le même combat* ²⁵⁵ » comme en attestent les promesses de vente conclues sous la condition suspensive d'obtention d'un prêt, désormais codifiée dans les articles L312-1 et suivants du code de la consommation. Cette idée a été sous-tendue par François Terré qui opte à l'opposé de Ripert à une *flexibilité*²⁵⁶ de la force obligatoire en vue de s'accommoder aux principes de justice, de loyauté, de solidarité et de fraternité contractuelle. Les principes de force obligatoire, de liberté et d'égalité doivent composer avec les réalités sociales, économiques contemporaines dans lesquelles s'inscrit la logique contractuelle. La force obligatoire ne doit pas être perçue comme un outil de défense des intérêts particuliers mais, au contraire un outil au service du public, car comme disait Thierry Revet, « *l'intérêt général et les intérêts particuliers des victimes de l'exclusion se rejoignent (...) pour se confondre, s'agissant de la lutte contre les exclusions* »²⁵⁷. Tout cela atteste, encore une fois, de la synergie qui doit exister entre les principes classiques et ceux contemporains du droit des contrats. Les premiers survivants toujours et les derniers évoluant de manière exponentielle, il devient important de plaider pour une prise en compte du solidarisme dans les relations contractuelles.

Section I : La prise en compte du solidarisme contractuel

La prise en compte du solidarisme devient un impératif, en ce sens que les principes classiques de liberté et d'égalité ne sauraient à eux seuls assurer, l'équilibre du contrat et les éventuelles inégalités qui y sévissent. Pour ce faire, le juge et les parties (**paragraphe II**) se doivent de contribuer au maintien du lien obligationnel (**paragraphe I**) à tous les stades du contrat.

Paragraphe I : Pour le maintien du lien contractuel

Le solidarisme apparaît comme une réponse aux déséquilibres et aux inégalités inhérentes au contrat. Les auteurs solidaristes, sans écarter la volonté du jeu contractuel, la

²⁵⁴ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : La nouvelle devise contractuelle », op.cit., p 653.

²⁵⁵ id.

²⁵⁶ D. MAZEAUD, op.cit. p. 631.

²⁵⁷ Loi n° 98-567 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, *RTD, civ*, 1998, p 989

garde en soumettant sa validité aux exigences sociales supérieures du solidarisme²⁵⁸. Pour montrer la place prépondérante qu'occupe le social pour la protection de la partie faible J. Donzelot affirmait : « *le social apparaît comme une invention nécessaire pour rendre gouvernable une société ayant opté pour un régime démocratique. Toute son histoire se présente comme la recherche d'une voie qui évite tant les fourches caudines de la Révolution que celles de la tradition, afin d'apporter une solution spécifiquement républicaine à la question de l'organisation de la vie des hommes en société, par-delà les sommations doctrinaires du libéralisme et du socialisme* »²⁵⁹. La primauté sociale s'impose mais n'écarte pas, pour autant, l'application des principes classiques qui du reste ont de beaux restes. Cela étant, D. Mazeaud considère que les théories solidaristes doivent être des clefs du droit conjuguant harmonieusement les idées de liberté et de loyauté, d'égalité et d'équité, de sécurité et de solidarité, lesquelles peuvent être conciliées et doivent, à cet effet, être réconciliées, plutôt qu'être appréhendées, non sans manichéisme, dans une logique de confrontation et d'irréductible opposition²⁶⁰. Partant, le solidarisme doit être pris en compte pendant la formation **(A)** et l'exécution **(B)** et la fin du contrat.

A. Par la prise en compte du solidarisme lors de la formation du contrat

Certes les parties jouissent d'une liberté qui leur permet de contracter ou de ne pas contracter, mais elles doivent tenir compte des intérêts de leurs cocontractants. Cela est d'autant plus perceptible dans les pourparlers, car les négociations sont sécurisées au nom de l'exigence du devoir de cohérence. Ainsi, il est interdit de rompre les pourparlers lorsqu'ils « ont atteint en durée et en intensité un degré suffisant pour faire croire légitimement à une partie que l'autre est sur le point de conclure²⁶¹ », c'est dire en d'autres termes que la rupture soudaine des discussions est susceptible d'engager la responsabilité du négociateur inconstant lorsque l'intention de contracter s'est caractérisée par une négociation durable et coûteuse et a donc créé une apparence de volonté ferme de conclure. Une obligation d'information pèse également sur les parties. Cela étant, une partie ne doit pas garder par-devers lui une information qui pourrait être déterminante pour le consentement de son cocontractant. C'est dire qu'on ne devrait pas profiter de la méconnaissance ou de l'ignorance de son partenaire pour l'amener à

²⁵⁸ C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in « Le contrat au début du XXIème siècle », Etudes offertes à J. GHESTIN, L.G.D.J. 2001 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in « L'avenir du droit », Mélanges en hommage à F. TERRE, Dalloz, 1999 (dir.de) C. JAMIN et D. MAZEAUD, "la nouvelle crise du contrat", Dalloz 2003 et (dir. de) L. GRYNBAUM et M. NICOD, « Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ? », à paraître, *Economica*, 2004. p 448.

²⁵⁹ J. DONZELOT, *L'invention du social*, Essai sur le déclin des passions politiques, Seuil 1994, p.13 et 14.

²⁶⁰ D. MAZEAUD, « Mais qui a peur du solidarisme ? », op.cit., p.1828.

²⁶¹ Riom, 10juin 1992, *RTD civ*, 1993, 343, obs. J. MESTRE.

donner son aval. On doit mettre le cocontractant au parfum de tout ne serait-ce que pour l'aider à faire un bon choix. C'est dans cette optique que s'inscrit un arrêt²⁶² rendu par la cour d'appel, en 1996 où la cour considérait que le dirigeant d'une société avait « *manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé* » dans la mesure où elle détenait des informations déterminantes qui empêcheraient à l'associé de contracter s'il les avait su. Le manquement à ses obligations se trouve dans le fait de dissimuler ces informations pour s'en servir et acquérir les actions qu'il a vendu plus tard à un prix supérieur. Dans cet arrêt, le juge revient sur le devoir de loyauté qui doit irriguer le contrat pendant la phase de formation. Cela traduit l'idée de solidarité et le comportement loyal que chaque partie doit avoir à l'égard de l'autre. La loyauté contractuelle serait d'une dimension incommensurable pour la conduite des négociations contractuelles. À ce propos, elle est à l'origine de la création de l'obligation de conseil dans les contrats entre professionnels et profanes²⁶³. Il en est de même de celle de confidentialité, de sérieux, de sincérité, de diligence et de transparence...

Au regard de ces informations sus évoquées, nous pouvons dire sans nous tromper que le contrat ne saurait prendre le contrepied des idées véhiculées par le solidarisme lors de sa formation et surtout pour la conduite des négociations. La présence des principes relatifs au solidarisme est également notoire lors de l'exécution du lien obligationnel.

B : Dans l'exécution et la fin du contrat

Dans le souci d'assurer l'équilibre contractuel, les parties doivent, désormais, mettre leurs prétentions au service du « *civisme contractuel*²⁶⁴ ». Le civisme contractuel, selon F. X. Testu, ne suppose pas la mise en place d'une stricte égalité, mais la dénonciation des clauses inégalitaires injustifiées qui ne profitent qu'à une seule partie²⁶⁵. À côté du civisme contractuel, s'impose un devoir de proportionnalité. Dans plusieurs arrêts, le juge n'a manqué, au nom de l'exigence de proportionnalité, d'anéantir certains contrats²⁶⁶ ou certaines clauses²⁶⁷ présentant une disproportion. Il a, tout de même, condamné certaines parties responsables de la disproportionnalité à payer des dommages et intérêts²⁶⁸ afin de restaurer l'équilibre. Les parties doivent exécuter les contrats de bonne foi et tenir compte, dans certains cas de l'équité et de l'usage. Cela implique la mise en œuvre d'un devoir de loyauté. Les parties doivent, en plus,

²⁶² Com. 27 février 1996, Bull. n° 65.

²⁶³ Cass. Com. 1er décembre 1992 et 4 janvier 2005.

²⁶⁴ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : La nouvelle devise contractuelle » op.cit, p. 612.

²⁶⁵ F.X. TESTU, *le juge et le contrat d'adhésion*, JCP, 1993.I. 3676, spéc. n°9.

²⁶⁶ Cass. Com, 14 octobre 1997.

²⁶⁷ Cass. Com, 3 mai, 1997.

²⁶⁸ D. MAZEAUD, op.cit, page 613.

du respect des principes de la force obligatoire, de la liberté contractuelle et d'égalité prendre en compte les intérêts de leur cocontractant. La prise en compte exige des parties qu'elles collaborent de manière purement objective²⁶⁹ avec leurs cocontractants et qu'elles participent à l'œuvre commune. Cette coopération objective serait l'âme du contrat en ce sens qu'elle ne place pas les rapports contractuels sous l'angle d'un moralisme excessif. Pour une meilleure exécution du contrat, le juge n'a manqué de réprimer les pratiques abusives. Dans un arrêt rendu en date du 21 janvier 1997, la haute juridiction a rejeté la décision de la cour d'appel qui s'est abstenue d'annuler un contrat de franchise. Pour nier l'existence de tout abus, le juge d'appel retient que : « *la clause d'approvisionnement exclusif litigieuse concernait une liste élargie de fournisseurs, un guide étendu des achats ainsi qu'un catalogue de produits et un tarif de vente indicatif et que le franchiseur a laissé au franchisé la liberté de négocier les prix selon la loi du marché sans souffrir d'une position dominante et arbitraire du franchiseur, ce dont il résulte que (le franchiseur) n'a pas commis d'abus dans l'application de la clause d'approvisionnement exclusif*²⁷⁰ ». Cet arrêt s'inscrit dans une logique de protection de la partie faible.

Le contrat exigeant un minimum de coopération et de collaboration, les parties doivent prendre en compte les intérêts de leurs cocontractants si elles décident de rompre le contrat. Il serait immoral de rompre le contrat de façon préjudiciable pour le cocontractant. Même si cela est conforme à la loi, force est de constater qu'elle reste contraire aux exigences de bonne foi. C'est ainsi qu'est qualifié d'incohérent, la rupture déloyale²⁷¹ d'un contrat de concession. Peut être engagée la responsabilité d'un concédant qui incite son cocontractant c'est-à-dire le concessionnaire à faire d'importants investissements et qui résilie ou refuse de renouveler le contrat. L'incohérence réside dans la non prise en compte des sacrifices et des énormes efforts financiers consentis par le concessionnaire dans l'espoir de maintenir le lien obligationnel.

Bref, le solidarisme contractuel doit être pris en charge à tous les stades du contrat. Cependant, force est de constater que cette prise en compte ne doit pas être seulement théorique. C'est dire qu'elle doit être mise en œuvre par les parties et le juge pour le maintien du contrat.

²⁶⁹ G. TABI-TABI, op.cit., p. 92.

²⁷⁰ Com. 21 janvier 1997, non publié, pourvoi n° 94-22.034.

²⁷¹ Cass. com, 5 avril 1994.

Paragraphe II : Le maintien du lien obligationnel : une tâche dévolue au juge et aux parties

Certes d'aucuns perçoivent le contrat comme un moyen permettant de faire ses affaires cependant, il n'en demeure pas moins que celui-ci doit être mis au respect de certaines conditions. Ces conditions s'imposent en ce sens que le contrat laissé à la libre volonté des parties demeurerait dans une infinie lutte d'intérêt antagoniste. La poursuite des intérêts individuels accrus finirait par ériger le déséquilibre contractuel en principe. Il résulte de ce qui précède que le contrat, n'étant pas épargné des déséquilibres, doit être protégé des ceux-ci pour qu'il puisse se maintenir. Le maintien du contrat, étant, d'une part, dévolu au juge (A), il incombe, d'autre part, aux parties (B).

A. Une tâche dévolue au juge

Le juge se doit d'encadrer les parties dans le but de faciliter l'exécution du contrat. Il doit par l'interprétation des textes aider les parties à prendre connaissance des règles qui gouvernent le contrat. Il doit les sensibiliser sur les éventuelles dérives ou crises pouvant secouer le contrat. Il lui revient de porter à la connaissance des contractants les règles de droit et de la pratique des affaires et former leurs caractères selon les usages du commerce²⁷². Ainsi, à l'occasion de l'interprétation d'une disposition, le juge peut attirer l'attention des parties sur l'étendue de leurs droits et obligations dont certains n'étaient jusqu'alors connus des parties, parce que non prévus par elles, parce que résultant uniquement de l'évolution technique, des usages de la profession, des conditions du marché ou de l'environnement du contrat au moment de son exécution²⁷³.

Le juge doit jouer, en outre, un rôle de régulateur pour le maintien du lien contractuel c'est-à-dire il 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 strict²⁷⁴. Tout d'abord, la fonction régulatrice du juge se rapporte au fait de sanctionner les comportements malveillants destinés à nuire les intérêts d'un des contractants. De plus en plus, le juge met à la charge de l'employé un devoir de loyauté dans le but de protéger les intérêts de l'employeur²⁷⁵. C'est ainsi que le juge impose aux travailleurs, un devoir de réserve²⁷⁶. Le devoir de réserve exige du salarié qu'il

²⁷² F. DIESSE, op.cit., p. 292.

²⁷³ id.

²⁷⁴ Y. SAINT-JOURS, « Un bel exemple d'interprétation "économique" d'un texte à contresens de son contexte sanitaire et de sa finalité sociale », note sous Soc. 16 fév. 1995, D. 1995-J-474.

²⁷⁵ A. TEISSIER, *La loyauté dans les relations individuelles de travail*, Thèse Paris II, 1997, spéc. 297-332

²⁷⁶ F. DIESSE, op.cit., p. 287.

se « maintienne en communication de pensée ou de foi avec l'employeur ²⁷⁷ ». Les travailleurs doivent s'abstenir de causer des préjudices qui entachent la crédibilité et la bonne réputation de leur entreprise. C'est ainsi que le juge a retenu la responsabilité d'un salarié ayant volé des étalages d'une entreprise cliente de son employeur, en dehors de ses heures de travail²⁷⁸. Son licenciement a été ordonné par le juge. Le licenciement paraît être justifié dans la mesure où le travailleur a manqué à son devoir de coopération et de loyauté. Ce devoir implique que ce dernier coopère avec son employeur et au-delà même, car il doit être loyal envers les partenaires de son employeur. L'acte ignoble qu'il a commis peut décourager le client et tout autre partenaire qui aurait l'intention de conclure avec son employeur. Ensuite, le juge est tenu de corriger les conséquences néfastes découlant du comportement de certaines parties. C'est les cas dans lesquels, une des parties utilise des manœuvres dans le but de pousser son cocontractant à donner son consentement. C'est l'exemple des contrats qui encourent la nullité du fait d'un vice du consentement. Dans ces circonstances pareilles, le juge opte plus pour la conciliation des intérêts des parties que pour l'annulation du contrat²⁷⁹. Enfin le juge confère un rôle complétif au devoir de coopération afin de maintenir le lien obligationnel. Cela s'opère par l'interdiction de rompre abusivement les négociations pendant la phase précontractuelle lorsqu'elles ont atteint un certain degré²⁸⁰.

Il résulte de ce qui précède que le juge joue un rôle incontournable pour le maintien du contrat. À cet effet, il sanctionne les comportements abusifs et encadre les parties. Cependant, force est de constater que cette mission ne lui incombe pas seul, car les parties elles-mêmes doivent contribuer au maintien du lien contractuel.

B. Une tâche incombant aux parties

De l'avis de certains, le contrat est une tribune de collaboration en ce sens qu'il fédère les intérêts des parties perçus comme étant divergentes. C'est dans cette optique qu'il convient de situer la pertinence de l'affirmation suivante : le contrat est un « *lieu de concession, d'arrangement et d'entente en vue de la convergence, de la conciliation et de l'équilibre des intérêts différents, voire opposés, qui sont en présence. Si les parties sont liées, c'est que le*

²⁷⁷ Cass. soc. 20 nov. 1986, Droit social, 1987, 379, 2e arrêt, concernant un professeur de théologie dans une faculté libre de théologie protestante.

²⁷⁸ Cass. soc. 20 nov. 1991, Bull. civ. V, n° 512.

²⁷⁹ J. MESTRE, « De la pérennité du lien contractuel », RTD civ, 1986, p. 105.

²⁸⁰ Car « Le retrait de l'offre constitue... une faute s'il a pour effet de tromper la confiance éprouvée par son destinataire quant à la probabilité du contrat. Le droit positif fait appel à la théorie de l'abus de droit pour tempérer les conséquences du principe initial : l'offrant a le droit de retirer son offre... encore faut-il qu'il n'en abuse pas, qu'il ne commette pas de faute dans l'exercice de ce droit », J.-M. MOUSSERON, op. cit. p. 85, n° 186.

*contrat qu'elles concluent sauvegarde les intérêts de chacune d'elles. On ne conçoit pas, en effet, qu'un homme raisonnable, consente à un engagement qui serait contraire à son intérêt*²⁸¹». Partant, les parties doivent œuvrer pour la satisfaction de leurs intérêts et cela ne saurait être possible si le contrat est fragile. Laisser la possibilité à une partie de rompre le contrat quand elle le veut serait se méprendre de l'intérêt ou des avantages qui doivent profiter à l'autre. Une partie ne doit pas délaissier l'autre au profit de ses propres intérêts. C'est ainsi qu'il est dit que chaque contractant doit s'abstenir de toute brusquerie ou abus de nature à attenter aux intérêts de l'autre²⁸². La cour de cassation²⁸³ se montrant très hostile à la rupture abusive, a dans une affaire condamné le comportement de l'agent immobilier qui décide de rompre les pourparlers la veille de la signature de la promesse.

Les parties se doivent, par ailleurs, de maintenir le lien contractuel, car la rupture du contrat même si elle reste un droit, il n'en demeure pas moins qu'elle soit écartée pour la préservation des intérêts des parties. Tout cela procède du respect des obligations fédérées par la bonne foi et qui ont vocation d'assurer l'équilibre contractuel. Chaque partie doit, au nom de la loyauté, de la solidarité et de la coopération se garder de mettre fin au contrat sans tenir compte des avantages qu'en tire l'autre. Dans un arrêt, le juge considère « *l'intérêt légitime de rompre reconnu à la clinique n'excluait pas que celle-ci pût être tenue pour seule responsable de la rupture des relations contractuelles entre les parties*²⁸⁴ ». Cela revient à dire que la clinique ne devait abuser de son droit de rupture unilatérale. Certes, elle en a le droit mais elle devait prendre en compte les exigences de loyauté et de bonne foi qui commandent le respect des attentes légitimes de l'autre partie.

Le solidarisme contractuel demeure un moyen inévitable permettant aux parties de maintenir le lien obligationnel. Cependant, il est important de signaler que même si le solidarisme s'impose, il doit être appliqué de façon à ne pas en abuser. Ceci dit, le juge ne doit pas perdre de vue que le contrat reste l'affaire des parties et ; en ce sens, toute consécration excessive devrait être évitée pour ne pas être en déphasage avec les principes de liberté, d'égalité que prône l'autonomie de la volonté.

²⁸¹ A. WEILL et F. TERRE, Droit civil, Précis Dalloz op. cit., n° 52, p. 49.

²⁸² Civ. 1er, 5 fév. 1985, Bull. civ. n° 34 ; 13 déc. 1994, Ibid. n° 372 ; 11 juin 1996, Ibid. n° 246. V. également, P. CHAUMETTE, « Réflexions sur l'imputabilité de la rupture du contrat de travail », D. 1986, Chron. 68.

²⁸³ Civ. 1re, 6 janv. 1998, JCP, 1998 IV 1364.

²⁸⁴ Civ. 1re, 21 mai 1997, JCP, 1997 G IV 1456 ; JCP, 1998 I 113.

Section II : L'évitement de l'excès de consécration du solidarisme contractuel

De plus en plus on assiste à la montée en puissance de nouvelles obligations qui travestissent l'essence du contrat. Avec l'influence grandissante du droit sentimental, nous assistons à ce que Josserand appelait « *un contrat de moins en moins... contractuel* ²⁸⁵ ». À ce propos, le délaissement des principes classiques plonge le contrat dans une imprévisibilité et une insécurité (**paragraphe I**). La généralisation abusive de la théorie solidariste serait, aussi, à l'origine d'un risque paradoxal de recul de la protection de la partie faible (**paragraphe II**).

Paragraphe I : L'excès de consécration, une source d'insécurité et d'imprévisibilités juridiques

Afin de respecter, la volonté des parties qui constitue le socle du lien contractuel, le juge doit appliquer les obligations dont le solidarisme contractuel se donne comme objectif de porter l'étendard, avec « *modération et pondération* ²⁸⁶ ». Il ne doit pas perdre de vue que le contrat est l'affaire des parties. Cela étant, il doit, en dépit des pouvoirs qui lui sont conférés, respecter la volonté des parties. Pour une meilleure sécurisation du contrat, il doit tenir compte de l'irrévocabilité et l'immutabilité du contrat qui demeure le principe. Ainsi, l'excès de consécration pourrait rendre le contrat imprévisible (**B**) et faire obstacle à sa sécurité (**A**).

A. L'insécurité juridique

Dans l'application des pouvoirs qui lui sont conférés, le juge doit avoir de la retenue et éviter tout excès. Même si les exigences relatives au solidarisme l'imposent, il doit s'y prendre avec beaucoup de prudence. M. Malaurie considère que : « *le contrôle judiciaire de la morale contractuelle (...) doit demeurer mesuré, à peine de ruiner la sécurité contractuelle, le respect de la parole donnée, de devenir une incitation à la malhonnêteté et de constituer un « truc » pour gagner des procès* ²⁸⁷ ». Toujours dans cette perspective, le juge porte atteinte au principe du respect de la parole donnée découlant de la force obligatoire en ce sens qu'il impose la sauvegarde de la dignité du débiteur surendetté et insolvable au détriment du paiement du créancier. On se retrouve dans le cas de la socialisation du risque de surendettement qui se traduit, en effet, par une autonomie de la dette du débiteur malheureux à l'égard du paiement que le créancier peut réclamer ²⁸⁸. Le juge a tendance à faire prévaloir la primauté sociale sur les

²⁸⁵ D. MAZEAUD, op.cit., p. 624.

²⁸⁶ D. MAZEAUD, op.cit., p. 629.

²⁸⁷ Note sous Com. 27 février 1996 Dalloz 1996, 520.

²⁸⁸ D. MAZEAUD, op.cit., p. 632.

intérêts individuels ; ce qui paraît être injustifié, car il doit inciter le débiteur à respecter ses engagements.

Le juge ne doit pas, par ailleurs, outrepasser ses pouvoirs qui sont cantonnés dans la fonction interprétative et limitative de la bonne foi. C'est dans cette optique que certains auteurs ont pu affirmer que : « *Il faut prendre garde que la notion même de bonne foi est entachée d'une irréductible incertitude et d'un incompressible subjectivisme. Il convient donc d'éviter de lui donner une portée qu'il (sic) n'a pas, sous peine de consacrer de dangereuses dérives et la déstabilisation du contrat. L'exigence d'exécution de bonne foi n'est pas un moyen pour le juge de réécrire le contrat : elle doit servir à sanctionner les comportements contractuels malicieux – ceux qui tendent à détourner le contrat, ou certaines de ses stipulations, pour en tirer un profit anormal ; elle n'est pas destinée à permettre au juge de faire prévaloir l'équilibre contractuel qu'il estime juste*²⁸⁹ ». C'est dire un peu que le juge ne doit pas s'inférer dans le jeu contractuel qui reste l'affaire des parties. Il doit, tout simplement, s'atteler à sanctionner les comportements malicieux des parties. L'immixtion débordée du juge, et la création d'obligations peut ruiner la sécurité juridique. Au regard de ce qui précède, nous pouvons retenir que le juge ne doit pas s'immiscer dans la loi des parties. Il aurait pour rôle la répression des comportements déloyaux sources d'insécurité et d'imprévisibilité.

B. L'imprévisibilité juridique

La règle de la prévisibilité perd de plus en plus le rôle prépondérant qu'elle occupait dans le droit des contrats. Cela découle de la fragilisation de la force obligatoire du contrat et de ses corollaires à savoir l'irrévocabilité unilatérale du contrat et le principe d'intangibilité. Cette fragilisation a été entraînée par la mise en œuvre des principes de solidarité, de loyauté et de fraternité considérés comme étant la nouvelle devise contractuelle. L'on considère qu'il y a plus d'un demi-siècle où la bonne foi, encore moins ses déclinaisons n'étaient pas encore de saison²⁹⁰ : « *la force obligatoire du contrat ne présentait pas la moindre fissure, elle était une des assises fondamentales du droit privé, qui reposait sur elle comme un roc (...) voilà que ce roc est devenu sable mouvant*²⁹¹ ». C'est dire que le fondement sur lequel reposait le contrat s'affaïssait du fait de l'influence des idées de bonne foi. Ce bloc que constitue l'autonomie de la volonté s'effrite de manière considérable et on assiste à une autre vision du contrat. En effet, au

²⁸⁹ J. FLOUR, Aubert et SAVAUX, *Les obligations*, 1, L'acte juridique, A. Colin 9^{ème} éd. 2000, n°67 et 119 ; MALAURIE et AYNES, *Obligations*, Cujas n°378.

²⁹⁰ D. MAZEAUD, *op.cit.*, p. 625.

²⁹¹ L. JOSSERAND, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, *RTD civ*, 1937, p. 1 et s, spéc. n° 17.

nom de la protection du débiteur malheureux et de l'hymne à la justice contractuelle et sociale qu'entonnent aujourd'hui en chœur le législateur et le juge, le contrat apparaît de moins en moins obligatoire pour le débiteur et de moins en moins prévisible pour le créancier²⁹². Le sort des contrats serait tourné vers un autre destin différent de celui prévu et voulu par les parties. Au nom des idées de solidarité et de bonne foi et de la protection de la partie faible, le juge réduit à une peau de chagrin les prévisions de la partie supposée forte.

Les pouvoirs conférés au juge bercent, si l'on n'y prête attention, le contrat dans un avenir incertain. Le danger d'imprévisibilité qui guette le contrat provient de la consécration excessive de nouveaux pouvoirs octroyés au juge. Donner au juge le pouvoir de réviser le contrat, c'est lui permettre de substituer sa propre volonté à celle des parties, c'est également écarter la loi des parties au profit de la loi sociale. En voulant trop humaniser la loi contractuelle en faveur du débiteur, on finit par dénaturer l'essence même du contrat. C'est dans ce sens que Niboyet affirmait que : « *Le contrat révisé n'a plus de contrat que de nom, et c'est au milieu de ses décombres que vient s'établir la réglementation du juge* »²⁹³.

Partant, il est important de constater que même si le solidarisme doit s'appliquer, cela doit se faire de façon à ne pas nuire à la prévisibilité du contrat qui demeure le socle. Il convient de noter, par ailleurs, qu'une forte application des idées solidaristes et la généralisation abusive de la théorie solidariste pourraient conduire à un recul de la protection de la partie faible.

Paragraphe II : La généralisation abusive, un risque paradoxal de recul de la protection de la partie faible.

La consécration des idées que fédère le solidarisme reste un élément dont on ne peut se passer. Cela permet, en effet, de protéger la partie en situation de vulnérabilité contre toute dérive. Mais pour que cette protection puisse être crédible, elle ne doit pas bercer dans l'excès de consécration. La généralisation abusive de la théorie solidariste (A) si l'on n'y prend garde pourrait conduire au recul de la protection de la partie faible (B).

A. la généralisation abusive de la théorie solidariste

L'excès de généralisation réside dans la tendance du juge à vouloir emprunter la méthode législative pour la création de nouvelles obligations. Encore faudrait-il le dire, ces obligations relèvent d'une très grande abstraction et généralisation en ce sens que leur contenu est

²⁹² D. MAZEAUD, op.cit., p. 625.

²⁹³ J. P. NIBOYET, *La révision des contrats par le juge*. Rapport général, Société de législation comparée. Rapports préparatoires de la semaine internationale de droit, p. 1 et s., spéc. p. 11.

indéterminé. Par exemple, le juge met à la charge des parties une obligation de collaboration sans pour autant dire qui en est le débiteur, dans quel contexte elle s'applique et quel est son contenu²⁹⁴. Certaines de ces obligations sont unilatérales dans la mesure où elles prennent en considération la protection d'une seule partie. Le devoir de loyauté dans le cadre de la révision sert à sanctionner le contractant en position dominante dans le cas où il commettrait un abus lié à sa puissance. On peut sans se tromper rattacher ce cas à l'arrêt Huard²⁹⁵ en vertu duquel, le juge a sanctionné la compagnie pétrolière du fait de sa puissance. En outre, l'excès de généralisation découle du défaut d'ambition du juge noté dans certaines de ses décisions. Au lieu de se plier à la méthode de la casuistique et de motiver ses décisions, le juge préfère l'abstraction et la généralité. Or, selon J.P. Chazal, par la généralité et l'abstraction de sa méthode, la Cour de cassation fait œuvre destructrice, non pas volontairement : un peu par tradition, beaucoup par manque de moyens. En généralisant à l'excès ses décisions, elle en obscurcit la portée ; en simplifiant les règles qu'elle édicte, elle les rend irréalistes ; en se délectant de principes, elle multiplie les exceptions²⁹⁶. Cela peut être illustré par le cas de l'obligation d'information qui est imposée à tout prix au notaire et à l'avocat. En effet, le fait que le client soit compétent ou qu'il soit assisté par un conseil compétent ne dispense pas l'avocat ou le notaire de son devoir d'information ou de conseil. Cela étant, le juge doit se garder de rendre des décisions qui bercent dans la généralité et l'abstraction. Demogue, abondant dans ce sens martèle que pour des questions nouvelles, les juges doivent s'éviter l'erreur de rendre des solutions de portée générale²⁹⁷. Ainsi, les arrêts doivent « *contenir un exposé des faits suffisant pour en établir complètement la portée* » et « *donner les motifs profonds de leurs solutions et non pas procéder par affirmations, comme ils tendent à le faire. Il doit ressortir très clairement de leurs termes que c'est pour telle ou telle raison que l'on s'est écarté dans telle affaire de la solution qui avait été précédemment proposée* »²⁹⁸. Autrement, le juge, pour rendre une décision, doit se servir de la méthode de la casuistique afin de mieux

²⁹⁴ J. P. CHAZAL. « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? ». MAZEAUD Denis, JAMIN Christophe. Colloque "La nouvelle crise du contrat", May 2001, Lille, France. Dalloz, pp.99-, 2003. <hal01053544>, p. 24.

²⁹⁵ Com. 3 novembre 1992 JCP 1993 II 22164 note VIRASSAMY ; RTD.civ. 1993, 124 obs. MESTRE; Defrénois 1993, 1377 obs. AUBERT ; Com. 24 novembre 1998, JCP 1999 II 10210 note PICOD ; ibid I 143 n°6 obs. JAMIN; Defrénois 1999, 371 obs. D. MAZEAUD ; RTD.civ. 1999, 98 obs. Mestre ; ibid 646 obs. GAUTIER. cité dans Jean Pascal CHAZAL. « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? ». MAZEAUD, Denis, JAMIN, Christophe. Colloque "La nouvelle crise du contrat", May 2001, Lille, France. Dalloz, pp.99-, 2003. <hal01053544>, page 24.

²⁹⁶ J. P. CHAZAL. « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », loc.cit. p. 24.

²⁹⁷ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Mémoire Du Droit, 15/03/2000, p.220.

²⁹⁸ TOUFFAIT et TUNC, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice*, notamment de celles de la Cour de cassation, RTD.Civ. 1974, 487.

motiver sa décision. Il résulte de ce qui précède que le juge doit se méfier de l'excès de généralité qui rendrait ses décisions vides de sens et préjudicier la partie faible.

B. Un risque paradoxal de recul de la protection de la partie faible

En voulant trop protéger, la partie jugée faible, le juge et le législateur finissent dans certains cas par la préjudicier. Ce préjudice découle le plus souvent de la généralisation de certaines obligations. L'on sait que ces obligations ont été pour la plupart créées dans le but de garantir une grande protection à la partie faible. Sans être exhaustif, nous allons citer certaines de ces obligations. Il s'agit de l'obligation de bonne foi, de loyauté de coopération, de sécurité, d'information, de conseil...

Le législateur consacre certaines de ces obligations sans pour autant déterminer la partie qui peut ou doit s'en prévaloir. Il a codifié l'obligation de sécurité qui peut être invoquée aussi bien par le salarié que par l'employeur. En donnant à l'employeur la possibilité de s'en prévaloir, il met mal à l'aise la partie faible. De même, en vertu de l'obligation de coopération qu'insuffle la loyauté dans les rapports contractuels, chaque partie doit s'efforcer de faciliter par l'autre l'exécution de ses obligations²⁹⁹. L'obligation de coopération étant généralisée s'éloigne de l'idée de protection de la partie faible que prônaient les auteurs solidaristes. Or, on le sait, les rapports entre travailleur et employeur demeurent antagoniques. C'est d'ailleurs, en vue de protéger la partie faible que le droit social a été mis sur pied.

Avec la réforme de 2016, le législateur français en consacrant la révision³⁰⁰ pour imprévision, donne à chaque partie la possibilité d'en faire la demande. Cela relève également d'une très grande généralité en ce sens que la partie forte peut l'invoquer au détriment de la partie faible. De même, avec cette réforme, on assiste à une extension de l'obligation d'information. Le législateur en fait une obligation générale qui peut s'appliquer aussi bien au débiteur qu'au créancier. D'ailleurs, il précise que cette information incombe à celui qui la détient ; donc de-là, on constate que cette obligation n'a plus pour seule vocation la protection de la partie jugée faible.

²⁹⁹ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 8^e édition, 2002, n° 442 ; Y. PICOD, « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », op.cit., pp 97 et ss ; B FAGES, « Le comportement du contractant PUAM, 1997, p. 301.

³⁰⁰ Art. 1195, code civil.

CONCLUSION

L'issue de cette étude nous a sans doute davantage éclairé sur la question de l'existence du solidarisme contractuel en droit positif sénégalais. D'une part, il était question de l'appréciation de son existence, mais la réponse semble mitigée. En effet, en parcourant certaines dispositions, on s'est vite rendu compte que cette consécration n'a pas manqué. Cependant, il reste que le législateur ne s'est pas prononcé de manière expresse. Il a emprunté la voie suivie par son homologue français qui, sans parler de solidarité, a préféré la notion de bonne foi. Il en est de même de l'équité et de l'usage. Ces notions se sont vues renforcées par d'autres corollaires créés par l'effort prégnant de la jurisprudence ou de la doctrine.

Ces obligations sont d'un apport remarquable, car elles ont permis de lutter contre les déséquilibres et les inégalités ayant houché le contrat pendant plusieurs années durant. Le droit des contrats a été influencé par le code napoléonien qui pour sa part, repose sur les postulats de liberté et d'égalité. Les rédacteurs du code civil considèrent que le contrat ne saurait être qu'égalitaire, car exprimant la libre volonté des parties. Cette idée a été fortement critiquée par Josserand qui plaide pour une protection de la partie vulnérable³⁰¹. C'est dire que, les inégalités sont inhérentes au lien contractuel. Ainsi, la justice et l'équilibre contractuel ne sont que pure abstraction et ne sauraient être la matrice du droit des contrats. Donc, pour une meilleure prise en compte des intérêts des parties, les idées de solidarité ne doivent être occultées. Le solidarisme repose sur des considérations d'ordre pratique et aurait pour but d'appréhender certaines évolutions inadaptées à la conception classique ou qu'elle n'avait pas prise en compte³⁰². Il se donne également pour objectif de gérer les contrats de longue durée, totalement, laissés en rade par le code civil. Pour ce faire, il se montre très hostile à toute tentative d'interdiction de la révision pour imprévision et ordonne par-là même la révocation des contrats à exécution successive. Il met à la charge des parties une obligation de motiver leur décision s'agissant de la révocation ou de la fixation d'un prix unilatéral. Au nom de la solidarité, la partie victime d'un préjudice du fait de la non-exécution ou de la mauvaise exécution des obligations de son partenaire se doit de minimiser ce dommage. Avec l'expansion du solidarisme, des pouvoirs plus étendus ont été octroyés au juge et aux parties dans le but de bannir les injustices de la sphère contractuelle. En cas de survenance de circonstances exceptionnelles le juge a toute la latitude de réviser le contrat si une des parties en fait la

³⁰¹ L. JOSSERAND, « *La protection des faibles par le droit* », Publiée dans *Evolutions et Actualités*, conférences de droit civil, Sirey 1936, p.159.

³⁰² D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : La nouvelle devise contractuelle », op.cit. p.634.

demande. Dans l'optique de sanctionner tout comportement attentatoire au respect des termes du contrat, une partie a la possibilité de refuser d'exécuter ses engagements en cas d'inexécution par l'autre de ses obligations. De même, dans les contrats d'adhésion, le contrat est réputé non écrit en cas de déséquilibre.

D'une autre part, l'étude menée a permis de comprendre que le solidarisme tel qu'énoncé reste une utopie dans la réalité contractuelle. Cela résulte du fait que les parties elles-mêmes se montrent très hostiles à toute idée de solidarité, car chacun essayant de défendre ses intérêts. Pour le maintien du contrat, il n'est pas nécessaire de reconnaître un impératif de solidarité, car les parties sont les meilleurs juges de leur contrat. Il est important aussi de comprendre que personne ne peut vouloir pour elle-même un rapport d'obligation qui ne protège pas ses intérêts³⁰³. L'absence de la mise en œuvre du solidarisme par les parties serait aussi tributaire, d'abord, de la prééminence de l'individualisme. Cet individualisme repose sur la théorie de l'autonomie de la volonté qui sous-tend l'idée selon laquelle la loi applicable au contrat doit être celle des parties³⁰⁴. En vertu de cette théorie, les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter, de choisir leur cocontractant et de définir le contenu du contrat. De même, au regard de cette théorie, les contrats sont conclus dès l'échange de consentement. Le contrat est également irrévocable et s'applique seulement aux parties qui l'ont conclu.

Ensuite, le contrat repose sur la défense des intérêts égoïstes. Cette idée a été avancée par le Doyen Carbonnier qui voit dans le contrat une sorte de « *coopération antagoniste* ». Ainsi, le but commun que prônent les auteurs du courant solidariste n'est que pure illusion, car serait totalement absent des rapports entre contractants. Le contrat doit permettre à chaque partie de faire ses affaires, de poursuivre son but individuel sans s'incruster dans les affaires de son partenaire. Le contrat, étant un lien de droit, doit être extirpé de toute idée de sentimentalisme. Pour assurer le maintien du contrat, on n'a nullement besoin d'encourager le sentimentalisme qui lui relève de la morale. Le contrat s'accommode mal des idées de fraternité et de charité qui seraient du domaine du non droit. Le contrat étant un acte de prévision, les prévisions des parties doivent être respectées. Or le sentimentalisme joue en défaveur du respect des prévisions des parties en ce sens qu'il réduit à une peau de chagrin la force obligatoire du contrat. L'excès de moralisme dans les relations contractuelles rendrait le contrat de moins en moins obligatoire pour le débiteur et de plus en plus imprévisible pour le créancier. Il importe

³⁰³ M. TANCELIN, loc.cit.

³⁰⁴ F. CHENEDE, loc.cit.

également de constater que le contrat est une lutte d'intérêts et ce n'est pas parce-que l'une des parties est supposée faible que l'autre doit renoncer à la cause de ses engagements.

Même si certains considèrent le solidarisme comme une utopie et rejettent les principes qu'il se donne comme objectif de brandir l'étendard ; d'autres prennent le contre-pied. En effet, les rapports entre le solidarisme et les principes classiques du contrat doivent être perçus comme une source de complémentarité et non d'opposition. Complémentarité parce-que les obligations de coopération, de loyauté, de solidarité permettent de renforcer les principes de liberté, d'égalité et de sécurité juridique. Ainsi, la loyauté serait compatible avec la sécurité juridique dans la mesure où elle permet de contrôler la déloyauté du maître du prix. Encore faut-il en ajouter que le contrat conclu et exécuté de bonne foi n'est pas un contrat sans loi. Pour assurer la pérennité du contrat, le juge se doit de concilier la force obligatoire aux impératifs de bonne foi. De même, pour une meilleure stabilité du lien obligationnel, F. TERRE prône pour une « *flexibilité*³⁰⁵ » de la force obligatoire afin qu'elle puisse s'accommoder des idées de solidarité, de loyauté et de justice contractuelle. Les parties, également, doivent travailler dans le but de maintenir le contrat. Chaque partie doit coopérer de manière à faciliter la tâche à l'autre et non se limiter à ne pas poser un acte de déloyauté. Cette coopération doit être perceptible tout le long du processus contractuel. Lors de la formation du contrat, les contractants ne doivent pas négliger l'obligation d'information et doivent avoir une attitude loyale. La loyauté exige que les liens contractuels ne soient pas rompus lorsqu'ils ont atteint un certain degré. Les contractants doivent exécuter le contrat de bonne foi et respecter les exigences de loyauté en cas de rupture unilatérale.

Cependant, il importe de préciser que même la prise en compte des idées de solidarité doit se faire avec modération et pondération. Le juge doit éviter tout excès dans la mise en œuvre des prérogatives qui lui sont conférées. L'excès de moralisme pourrait dénaturer le contrat et le bercer dans l'insécurité juridique. Pour M. Malaurie, le contrôle judiciaire de la morale doit être mesuré afin d'éviter qu'elle ruine le contrat³⁰⁶. Cela pourrait, par ailleurs fragiliser l'irrévocabilité du contrat et le rendre imprévisible. Par ailleurs, la généralisation de la théorie solidariste pourrait même être néfaste pour la partie jugée faible.

³⁰⁵ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : La nouvelle devise contractuelle », op.cit. p. 631.

³⁰⁶ Note sous Com. 27 février 1996 Dalloz 1996, 520.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux

- ✓ ALLAND Denis et Rials Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 1^{ère} édition 2003 p. 1640.
- ✓ ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, PUF, Thémis droit privé, 1^{ère} édition, 1999.
- ✓ BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 4^{ème} édition, 2003.
- ✓ CAPITANT Henri, TERRE François, LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T.2, Dalloz, 12^{ème} édition, 2008, p. 941.
- ✓ CARBONNIER Jean, *Les obligations*, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, p. 665.
- ✓ CARBONNIER Jean, *Droit civil Introduction*, PUF, Thémis, Droit privé, 27^{ème} édition, 2002 ? p. 384.
- ✓ CORNU Gérard, *Introduction au droit*, Montchrestien, DOMAT, *Droit privé*, 13^{ème} édition, 2007, p. 277.
- ✓ CORNU Gérard, Association CAPITANT Henri, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 12^{ème} édition, 2018, p. 1104.
- ✓ COURDIER-CUISINIER Anne-Sylvie, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Litec, 2006, p. 758.
- ✓ DEMOGUE René, *Traité des obligations en général*, T.6, 1931, p. 756.
- ✓ FABRE-MAGNAN Muriel, *Droit des obligations*, T.1, PUF, Thémis Droit, 3^{ème} édition, 2012, p. 707.
- ✓ FAGES Bertrand, *Droit des obligations*, LGDJ, Manuel, 3^{ème} édition, 2011, p. 628.
- ✓ FLOUR Jacques, AUBERT Jean.-Luc et SAVAUX Eric, *Les obligations*, T. 1, A. Colin, 14^{ème} édition, 2010, p. 500.
- ✓ GHESTIN Jacques, GOUBEAUX Gilles, FABRE-MAGNAN Muriel, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} édition, 1994, p. 891.
- ✓ HALPERIN Jean.-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Droit fondamental, 1^{ère} édition, 1966.
- ✓ LALANDE André, *Vocabulaire critique et technique de la philosophie*, PUF, 18^{ème} édition, 1996.
- ✓ LE TOURNEAU Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 7^e éd., Dalloz, n° 1218, 2008, p. 1777.

- ✓ MALAURIE Philippe, Aynès Laurant, *Les obligations*, Lextenso, Defrénois, 4^{ème} édition 2009.
- ✓ SUPIOT Alain, *Critique du droit du travail*, PUF, 2^{éd}, 2007, p. 336.
- ✓ PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 1899.
- ✓ REIFEGERSTE Stéphan, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2002, p.357.
- ✓ SÉRIAUX Alain, *Droit des obligations*, 2[°] éd., Paris, PUF, 1998, p.779.
- ✓ TERRE François, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Précis, 9^{ème} édition, 2012.
- ✓ TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, *Les obligations*, Dalloz, Précis, 11^{ème} édition, 2013, p. 1620.
- ✓ TROPER Michel, *La philosophie du droit*, PUF, Que sais-je ?, 3^{ème} édition, 2011, p. 128.
- ✓ TRIGEAUD Jean Marc, *Encyclopédie philosophique universelle*, t. 2, PUF, 1990.

II. Ouvrages spécialisés, thèses et mémoires

- ✓ BECHILLON Marielle De, *La notion de principe général en droit privé*, thèse Bordeaux IV, préf. B. Saintourens, PUAM, 1998, p. 298.
- ✓ BAKOUCHE David, *L'excès en droit civil*, thèse Paris II, préf. GOBERT, LGDJ, 2005, p. 452.
- ✓ BOURGOIS Léon et CROISSET Alfred, *Essai d'une philosophie de la solidarité*, Félix Alcan, 1907.
- ✓ BOLARD Vincent, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé. Principes pour un exercice rationnel et légitime du pouvoir de juger*, thèse, Paris I, 2006, p. 434.
- ✓ CASTAING ZENATI Frédéric, *Le juge et l'équité*, Ann. Fac. Lyon 1985.
- ✓ DONJELOT JACQUES, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, 1994, p. 199.
- ✓ DURKHEIM Émile, *De la division du travail social*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 11^e éd., 1986, p. 207 (il s'agit de sa thèse de doctorat soutenue en 1893).
- ✓ FABRE-MAGNAN Muriel, *Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats*, thèse Paris I, 1991, p. 706.
- ✓ FIN-LANGER Laurance, *L'équilibre contractuel*, thèse Orléans, LGDJ, Bibl. dr. Privé, 2002.

- ✓ GENY François, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, T.1, 1919, p. 606.
- ✓ GLAVINIS PANAYOTIS, *Le contrat international de construction*, GLN Joly éditions, 1993, p. 682.
- ✓ GOUNOT Emmanuel, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse 1912, p. 470.
- ✓ GOUTAL Jean.-Louis, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, préf. H. Batiffol, Bibl. dr. privé, T. 171, LGDJ, 1981, p. 340.
- ✓ HOUTCIEFF Dimitri, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, PUAM, 2001, p. 1134.
- ✓ LASBORDES Victoire, *Les contrats déséquilibrés*, Thèse Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2000, p.746.
- ✓ LE GAC-PECH Sophie, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, thèse Paris XI, préf. H. Muir Watt, LGDJ, Bibl. dr. Privé, 2000, p. 580.
- ✓ LAITHIER Yves Marie, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 688.
- ✓ MAZEAUD Denis, *L'attraction du droit de la consommation*, *RTD com*, 1998.
- ✓ MORVAN Patrick, *Le principe de droit privé*, thèse Paris II, édition Panthéon Assas, préf. J-L Sourieux, 1999, p. 788.
- ✓ NDIR Ndéye Sophie Diagne, *La pratique du montage contractuel : réflexion sur une figure juridique en construction*, Thèse, Droit de l'entreprise, UACAD, 2015 p. 540.
- ✓ PAGNERRE Yannick, *L'extinction unilatérale des engagements*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2012, p.1280.
- ✓ PORTALIS Jean.-Etienne.-Marie, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, p. 406.
- ✓ PICOD Yves, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. Couturier, LGDJ, n° 79, 1989, p.254.
- ✓ RIPERT Georges, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, p.225.
- ✓ RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949.
- ✓ SAVATIER René, *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, *RTD civ.* 1934.
- ✓ TABI-TABI Ghislain, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2011.
- ✓ TEISSIER Arnaud, *La loyauté dans les relations individuelles de travail*, Thèse Paris II, 1997.

- ✓ TESTU François Xavier, *le juge et le contrat d'adhésion*, JCP, 1993, 1, 3673, n°19, p. 3673.
- ✓ VIRASSAMY George, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, thèse Paris I, LGDJ, 1986 p. 335.
- ✓ WEILL Alex, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, thèse Strasbourg, 1938, p. 1062.

III. Articles et notes de doctrine

- ✓ BATIFFOL Henri, « La crise du contrat et sa portée », in Archives de philosophie du droit, T. 13, Sirey, 1968.
- ✓ BÉLANGER André et Ghislain TABI-TABI, « Vers un repli de l'individualisme contractuel? L'exemple du cautionnement », Vol, 47, n° 3, 2006, p. 429- 474.
- ✓ BOUCARD Hélène, « Responsabilité contractuelle », Dalloz, 2014.
- ✓ CADIET Loïc, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in Le droit contemporain des contrats, Economica, 1987, p. 284.
- ✓ CARSIN Danielle Corrignan, « L'obligation de sécurité du salarié », Mélanges dédiés à B. Bouloc, Dalloz, 2006.
- ✓ CEDRAS Jaques, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », Rapport annuel de la Cour de cassation, 2003.
- ✓ Jean Pascal CHAZAL. « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? ». MAZEAUD, Denis, JAMIN, Christophe. Colloque "La nouvelle crise du contrat", May 2001, Lille, France. Dalloz, pp.99-, 2003. <hal01053544>, page 24.
- ✓ CHENEDE François, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », RDC, 2015, p.655.
- ✓ CHENEDE François, *De l'autonomie de la volonté à la justice commutative du mythe à la réalité*. Droit philosophie : annuaire de l'Institut Michel Villey, Dalloz, 2012, p. 181.
- ✓ CORNU Gérard, « L'évolution du droit des contrats en France », Journées de la Société de Législation comparée, RIDC, vol. I, 1979.
- ✓ DESCHAMPS M. ; F. Marty, « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? » Méthodologie Juridique- Droit prospectif/ Revue de la recherche Juridique, n°22, 2008.

- ✓ DIDIER Paul, « Brèves notes sur le contrat-organisation », prévision In l'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF 1999, p. 863.
- ✓ DIESSE François, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », 43 A.P.D, 1999, p. 44.
- ✓ GHESTIN Jacques, « L'utile et le juste dans les contrats », Paris, Sirey, 1981, p.57.
- ✓ GRÉGOIRE Marie-Annick, Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p.11.
- ✓ JAMIN Christophe, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », dans Luc GRYNBAUM et Marc NICOD (dir.), Le solidarisme contractuel, Paris, Économica, 2004.
- ✓ JAMIN Christophe, « Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », 56 R.I.E.J.5, 6-7, 2006, p. 5-19.
- ✓ JAMIN Christophe, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », dans Gilles GOUBEAUX et Jacques GHESTIN (dir.), Études offertes à Jacques Ghestin: le contrat au début du XXIe siècle, Paris, L.G.D.J., 2001.
- ✓ JAMIN Christophe, « Dix-neuf-cent : crise et renouveau dans la culture juridique », in : Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris, PUF, Quadriga, 2003.
- ✓ JOSSERAND Louis, « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal », D.H., chron., p. 5 et s.
- ✓ LEQUETTE Yves, « Bilan des solidarismes contractuels », in Mélanges P. Didier, Economica, 2008.
- ✓ LEFEBVRE Brigitte, « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Développement récents en droit des contrats (2000), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000.
- ✓ MAZEAUD Denis, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », Dalloz, 2014, p. 291.
- ✓ MAZEAUD Denis, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in avenir du droit, Mélanges F. Terré, Dalloz, PUF, 1999, p. 863.
- ✓ MAZEAUD Denis, « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet », Dalloz, 2008, p. 2675.
- ✓ MIGNOT Marc, « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité? », 4 R.R.J. 2004, p. 2153- 2197.

- ✓ PERES Cécile, « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie », Dalloz, 2009, p. 381.
- ✓ PICOD Yves, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », JCP, 1988, p. 3318.
- ✓ REMY Philippe, « Droit des contrats : questions, positions et propositions », in Le droit contemporain des contrats, Economica, 1989.
- ✓ REMY Philippe, « La part faite au juge », Revue pouvoirs, n°107, septembre 2003, p. 22-36.
- ✓ REVET Thierry, « L'éthique des contrats en droit interne », in L'éthique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires, Actes de colloque organisé les 4 & 5 juillet 1996 à Aix-en-Provence, Librairie de l'Université « Éthique et déontologie », 1997.
- ✓ STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? », Dalloz 2002, p. 1979.
- ✓ THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », 32 R.T.D.C 1997.

IV. Jurisprudence

- ✓ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 3 mai 2000, Baldus.
- ✓ CA. Dakar n° 17 du 16 janvier 1970 Mittaine / Cheikh Anta GNINGUE.
- ✓ Civ. 3ème, 21 février 2001, Bull. n° 20.
- ✓ Civ. 1ère 16 février 1999, Bull. n° 52.
- ✓ CA. Dakar n° 155 du 15 février 1985 DIENG / NDOUR.
- ✓ Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18632, Bull. civ. IV, n° 261.
- ✓ Cass. 1re civ., 28 oct. 2003, n° 01-03.662, Bull. civ. I, n° 211, p. 166, Rev. Contrats 2004, notes D. Mazeaud.
- ✓ Cass. Civ., 15 avril 1845, D.P. 1845, 1, 411 ; S. 1845, 1, 345.
- ✓ Cass. fr. (3° ch.), 10 juillet 2013, inédit, n°12-13.851.
- ✓ Com. 27 février 1996, Bull. n° 65.
- ✓ Com. 3 novembre 1992 JCP 1993 II 22164 note Virassamy ; RTD.civ. 1993, 124 obs. Mestre; Defrénois 1993, 1377 obs. Aubert.
- ✓ Civ. 1er, 5 fév. 1985, Bull. civ. n° 34 ; 13 déc. 1994, Ibid. n° 372.
- ✓

V. Sites internet

- ✓ www.juriscope.net
- ✓ www.legifrance.fr
- ✓ www.memoireonline.com

Tables des Matières

REMERCIEMENTS.....	IV
DEDICACES	V
LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS.....	VII
SOMMAIRE.....	X
INTRODUCTION GENERALE	- 1 -
Titre I : LE SOLIDARISME CONTRACTUEL, UNE PLACE MITIGEE EN DROIT POSOTIF SENEGALAIS	- 11 -
Chapitre I : L’appréciation de la consécration du solidarisme contractuel en droit positif sénégalais	- 12 -
Section I : L’existence d’une consécration tacite	- 12 -
Paragraphe I : La bonne foi	- 12 -
<i>A. La bonne foi : une norme de comportement</i>	<i>- 13 -</i>
<i>B. Les fonctions de la bonne foi.....</i>	<i>- 13 -</i>
Paragraphe II : L’équité et les usages	- 15 -
<i>A. L’équité</i>	<i>- 16 -</i>
<i>B. Les usages</i>	<i>- 18 -</i>
Section II : L’existence de corollaires du solidarisme contractuel.....	- 19 -
Paragraphe I : L’obligation d’information et l’obligation de sécurité	- 20 -
<i>A. L’obligation d’information.....</i>	<i>- 21 -</i>
<i>B. L’obligation de sécurité</i>	<i>- 22 -</i>
Paragraphe II : L’obligation de coopération et l’obligation de loyauté	- 24 -
<i>A. L’obligation de coopération</i>	<i>- 24 -</i>
<i>B. L’obligation de loyauté</i>	<i>- 26 -</i>
Chapitre II : L’appréciation de l’utilité du solidarisme dans les relations contractuelles .-	28 -
Section I : Le solidarisme contractuel en action	- 28 -
Paragraphe I : Le remède contre les déséquilibres contractuels	- 28 -
<i>A. Le remède contre les déséquilibres subjectifs</i>	<i>- 29 -</i>
<i>B. Le remède contre les déséquilibres objectifs</i>	<i>- 30 -</i>
Paragraphe II : La réplique à l’inégalité contractuelle.....	- 31 -
<i>A. La détermination du contenu du contrat</i>	<i>- 32 -</i>
<i>B. L’anéantissement du contrat</i>	<i>- 33 -</i>

Section II : Le solidarisme contractuel en expansion	- 33 -
Paragraphe I : L'émergence de nouvelles obligations	- 34 -
<i>A : L'obligation de motivation</i>	<i>- 34 -</i>
<i>B : L'obligation de minimiser le dommage</i>	<i>- 35 -</i>
Paragraphe II : L'émergence de nouveaux pouvoirs et de réelles sanctions.....	- 37 -
<i>A : L'émergence de nouveaux pouvoirs.....</i>	<i>- 37 -</i>
<i>B : L'émergence de réelles sanctions.....</i>	<i>- 38 -</i>
TITRE II : LE SOLIDARISME CONTRACTUEL, UNE UTOPIE CONSTRUCTIVE..	- 40 -
Chapitre I : L'absence d'une mise en œuvre du solidarisme par les parties	- 41 -
Section I : La prééminence de l'individualisme	- 41 -
Paragraphe I : L'application de l'autonomie de la volonté	- 41 -
<i>A. La liberté contractuelle</i>	<i>- 42 -</i>
<i>B. Le principe du consensualisme</i>	<i>- 43 -</i>
Paragraphe II : Les autres corollaires de la théorie de l'autonomie de la volonté	- 44 -
<i>A. La force obligatoire du contrat</i>	<i>- 44 -</i>
<i>B. L'effet relatif du contrat</i>	<i>- 45 -</i>
Section II : Le contrat : une lutte d'intérêt	- 47 -
Paragraphe I : Une lutte d'intérêts antagonistes	- 47 -
<i>A. L'absence de but commun.....</i>	<i>- 47 -</i>
<i>B. Un moyen de faire des affaires.....</i>	<i>- 48 -</i>
Paragraphe II : L'absence de sentimentalisme dans les relations contractuelles.....	- 49 -
<i>A. La fraternité contractuelle, une vue d'esprit</i>	<i>- 49 -</i>
<i>B. L'inexistence de la charité contractuelle</i>	<i>- 50 -</i>
Chapitre II : Pour un juste milieu par rapport à la perception du solidarisme dans le contrat	- 51 -
Section I : La prise en compte du solidarisme contractuel.....	- 52 -
Paragraphe I : Pour le maintien du lien contractuel.....	- 52 -
<i>A. Par la prise en compte du solidarisme lors de la formation du contrat</i>	<i>- 53 -</i>
<i>B : Dans l'exécution et la fin du contrat</i>	<i>- 54 -</i>
Paragraphe II : Le maintien du lien obligationnel : une tâche dévolue au juge et aux parties	- 56 -
<i>A. Une tâche dévolue au juge</i>	<i>- 56 -</i>
<i>B. Une tâche incombant aux parties</i>	<i>- 57 -</i>
Section II : L'évitement de l'excès de consécration du solidarisme contractuel.....	- 59 -
Paragraphe I : L'excès de consécration, une source d'insécurité et d'imprévisibilités juridiques	- 59 -

A. <i>L'insécurité juridique</i>	- 59 -
B. <i>L'imprévisibilité juridique</i>	- 60 -
Paragraphe II : La généralisation abusive, un risque paradoxal de recul de la protection de la partie faible.	- 61 -
A. <i>la généralisation abusive de la théorie solidariste</i>	- 61 -
B. <i>Un risque paradoxal de recul de la protection de la partie faible</i>	- 63 -
CONCLUSION	- 64 -
Bibliographie	- 67 -
Tables des Matières	- 74 -