

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



MÉMOIRE DE FIN DE CYCLE POUR L'OBTENTION DU DIPLÔME

DE MASTER RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ

Spécialité : Droit Privé Fondamental

SUJET :

LE DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL

EN DROIT POSITIF SÉNÉGALAIS

Présenté par

Mohamed Baba BALDE

Sous la direction de

Pr. GENEVIEVE BREMOND,

Maître de conférences au département
des sciences juridiques de l'université
Assane Seck de Ziguinchor (UASZ)

Soutenu le 14 décembre 2023 devant le jury composé de :

Mme le Professeur Dieyla Yaya WANE

Mme le Professeur Genevieve BREMOND

M. le Docteur Ibrahima SECK

Année académique 2021-2022

AVERTISSEMENT

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

DÉDICACE

Je dédie ce travail à ma famille, celle-là qui ne ménage aucun effort pour me permettre de poursuivre mes études universitaires. La déférence que vous témoignez à mon égard est cette cause qui me pousse inlassablement à être le réceptacle de vos attentes. Vous rendre hommage à travers ces simples lignes représente la plus petite des marques d'estime que je puisse envisager. Que la lumière du prophète **Mohamed (Psl)** et de **Cheikh Ahmad Tijani (Rta)** éclaire la famille par la grâce de Dieu.

À mon très cher oncle **Omar SABALY**, Magistrat distingué, juriste hors pair. Vous êtes une sommité dans votre domaine et sans nul doute, le temps le démontrera. Avec vous, les faix restent faciles à supporter, les doutes deviennent passagers, une lueur d'espoir ne cesse de briller dans nos yeux.

Aux étudiants qui viennent de loin à la quête du savoir, aux Détabistes.

REMERCIEMENTS

À Madame le professeur **GENEVIEVE BREMOND** pour avoir accepté de diriger ce travail avec une attention particulière. Vos suggestions et observations ont été d'un apport significatif. La promptitude, la pertinence d'analyse et la disponibilité dont vous avez fait part ont permis d'aboutir à la réalisation de ce travail.

Au corps professoral du département des sciences juridiques de l'université Assane Seck de Ziguinchor pour avoir grandement participé à la réussite de notre formation. Votre abnégation dans la transmission du savoir fut constante depuis notre première année de licence. Trouvez ici l'expression de toute ma gratitude.

Ma reconnaissance la plus sincère à ces vaillants aînés qui ont guidé nos pas tout au long de notre cursus, spécialement au doctorant et frère **Bocar SOW**.

À mes condisciples de cette promotion. J'aimerais chaleureusement citer **Abdoulaye DIALLO, Thierno NDAO, Astou NDOUR, Moussa THIOUNE**.

À tous ceux qui ont rendu ce travail moins imparfait de par leurs pertinentes suggestions.

SIGLES ET ABRÉVIATIONS

AJCA	Actualité juridique contrats d'affaires
Al.	Alinéa
Arch. Phil. Droit, APD	Archive de philosophie du droit
Art.	Article
AUDCG	Acte uniforme portant droit commercial général
AUSCGIE	Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique
Bull. :	Bulletin
C. cass	Cour de cassation sénégalaise
C. civ.	Code Civil
C.E	Conseil d'Etat
CCJA	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage
<i>Cf</i>	<i>Confer</i>
CF.	Code de la Famille
CF.	Code de la Famille
Chap.	Chapitre
Chron.	Chronique
CIMA	Conférence interafricaine des marchés d'assurances
Civ.	Chambre civile
COCC	Code des obligations civiles et commerciales
Coll.	Collection
Coll. reprint	collection imprimée
Com.	Chambre commerciale
Conclu :	Conclusion
CS	Cour Suprême
CVIM :	Convention internationale de vente de marchandises
D. :	<i>Dalloz</i>
Déc.	Décision
Dir. :	Sous la direction de
éd. :	Édition
<i>ibid.</i> :	<i>Ibidem</i>

In :	Dans
JCP G :	Juris-Classeur périodique, édition générale
JCP :	Semaine juridique générale (LexisNexis)
JDI :	Journal de droit international "Clunet" (LexisNexis)
JORS, JORF :	Journal officiel du Sénégal. Journal officiel de la France
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA :	Revue les petites fiches
n° :	Numéro
Nouv. :	Nouveau, nouvel(le)
Obs. :	Observations
op. cit. :	Cité précédemment
p., pp. :	Page
Pr. :	Professeur
Préc :	Précité
Préf :	Préface
PUAM :	Presse universitaire d'Aix-Marseille
PUF :	Presse universitaire de la France
RDC :	Revue des contrats (Lextenso)
RLC	Revue Lamy de la concurrence
RRJ	Revue de la recherche juridique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil (DALLOZ)
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial (DALLOZ)
s.	Suivant
Spéc. :	Spécialement
t.	Tome
UEMOA :	Union économique et monétaire ouest africain
V. :	Voir
Vol. :	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
TITRE I : L'APPARENTE RÉCEPTION INDIFFÉRENTE DU DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL EN DROIT POSITIF SENEGALAIS.....	9
Chapitre I : Les justifications théoriques d'une réception indifférente	9
Section I : La théorie générale, point d'achoppement du déséquilibre contractuel	9
Section II : L'office tempéré du droit spécial à l'égard du déséquilibre contractuel.....	19
Chapitre II : Quelques manifestations de la réception indifférente	30
Section I : Le déséquilibre en valeur des contrats.....	30
Section II : Les déséquilibre en pouvoir des contrats	39
TITRE II : LE CONSTAT D'UNE RÉCEPTION SUBTILE DU DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL EN DROIT POSITIF SENEGALAIS.....	50
Chapitre I : De la prise en considération légale du déséquilibre contractuel.....	50
Section I : Les techniques avant-gardistes de neutralisation du déséquilibre contractuel	50
Section II : Les techniques de traitement du déséquilibre contractuel.....	62
Chapitre II : Vers une perfectibilité de l'encadrement du déséquilibre contractuel	72
Section I : Plaidoyer pour une réadaptation du droit commun	72
Section II : Le redéploiement du droit spécial face au déséquilibre contractuel	82
CONCLUSION.....	91

INTRODUCTION

« Tel un îlot sorti du flux du temps et du changement, le contrat apparaît également comme un bloc. Plus précisément c'est un bloc cristallisé de droits et d'obligations constitué une fois pour toutes, indifférent à ses propres déséquilibres internes, qu'ils soient concomitants ou postérieurs à sa conclusion »¹.

À lire ce frontispice, la conclusion paraît d'ores et déjà irréversible. Monolithique, le contrat serait insensible à toutes formes de déséquilibres, car légalement formé, il tient lieu de loi entre les parties². Cette force obligatoire est justement ce qui offrirait au contrat une sécurité parce que ce dernier immobile, immuable et imperméable. Toutefois, face à la multiplication des contrats de plus en plus déséquilibrés³, résultat pourtant improbable du fait de la physionomie⁴ de la théorie générale du droit des obligations, un nouveau constat moins laudatif s'impose nécessitant une remise en cause de cette conclusion.

Plusieurs signaux invitent à prendre en considération un nouveau paradigme contractuel dans lequel le contrat n'apparaît plus comme un monde fermé, hermétiquement clos, accessible à la seule volonté des parties. Tel qu'envisagé par le droit sénégalais⁵, le contrat repose fondamentalement sur la volonté des parties⁶. Cette primauté de la volonté martelée par l'article 42 du COCC est édifiante de l'approche adoptée par le législateur. Ainsi, excepté les remparts que constituent le respect des bonnes mœurs et de l'ordre public, la volonté à champs libre dans les relations contractuelles. Ceci s'explique par le fait qu'il soit adjugé à la volonté libre la mise en œuvre d'une opération contractuellement juste. Corrélativement, le contrat devrait être le meilleur moyen pour transposer la volonté des parties dans un cadre

¹ C. THIBIERGE, « *libres propos sur les transformations du droit des contrats* », *RTD civ*, 1997, p. 357.

² Art. 96 COCC.

³ Ces contrats déséquilibrés ont atteint leur paroxysme par le développement des contrats d'adhésion. Il s'agit des contrats conclus entre professionnels et consommateurs, fournisseurs et distributeurs, bailleurs et locataires, assureur et assuré, employeurs et salariés. V. Victoire LASBORDES, *les contrats déséquilibrés*, in : *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 53 N°4, Octobre-décembre 2001. p. 1024 et s.

⁴ Physionomie qui s'exprime à travers une abstraite égalité des parties par le bais de la théorie de l'autonomie de la volonté dont les corollaires se retrouvent dans les articles 41, 42, 96, 110 du COCC.

⁵ Droit qui s'incarne dans le Code des obligations civiles et commerciales (COCC) en sa partie générale ; V. Loi n°63-62 du 10 Juillet 1963 portant partie générale du COCC.

⁶ En droit traditionnel africain, les contrats étaient plus considérés comme des traits d'alliance entre des groupements. V. T. OLAWALE ELIAS, *La nature du droit coutumier africain, Présence africaine*, 1961, p. 167 et s.

conventionnel. De cette physionomie résulte le fait qu'admettre un quelconque déséquilibre contractuel relève d'une certaine incongruité. En soi, l'idée de déséquilibre contractuel heurte frontalement la théorie générale du droit des contrats. À première vue, le constat qui résulte de la théorie générale des contrats est d'admettre de manière mesurée que, par principe, si un contrat ne peut être déséquilibré, la sanction d'un contrat pour cause de déséquilibre ne s'aurait se justifier. C'est ainsi qu'il existe en matière contractuelle une présomption d'équilibre contractuel. Du fait du « *principe de la commutativité subjective* »⁷, les parties restent garantes de leurs propres intérêts. Cependant, amenée à intégrer de nouveaux impératifs, les limites de la théorie générale se sont vite révélées et ceci concomitamment avec une transformation⁸ du contrat. En effet, on peut retrouver à plus d'un titre une entorse à ce préluce contextuel. De ce fait, abstraction faite de quelques scories⁹ qui lui ont été décelés¹⁰, la théorie générale résiste âprement à la contingence de la réalité, et ce, pour plusieurs raisons.

Primo, cette théorie générale a toujours accordé une place considérable à la justice contractuelle dont une première matérialisation était tributaire d'une expression lumineuse de la liberté contractuelle. Manifestement, cette liberté contractuelle est de plus en plus acculée dans ses derniers retranchements. D'une part, si les parties au contrat restent les plus aptes à défendre leurs intérêts, c'est à la condition que la liberté contractuelle trouve sa pleine expression. Or, une telle condition relève d'une probabilité incertaine dans la tournure que prennent les nouvelles relations contractuelles. De nos jours, la vulnérabilité contractuelle a pris en piège le principe de la commutativité subjective¹¹. L'évolution des relations

⁷ F. CHÉNÉDÉ, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC*, n° 3, p. 655, spéc. n° 3.

⁸ Selon Demogue, « *le contrat qui est chose vivante ne peut être absolument rigide. Vivre c'est se transformer en restant dans une certaine direction générale* » ; René Demogue, *Traité des obligations*, t. III, *Gallica*, 1931, n° 637.

⁹ V. I. Y. NDIAYE, « *leçon inaugurale : le COCC 50 ans après (regard furtif)* », in Acte de Colloque sur : *le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Harmattan, vol 1, 2018, p. 24.

¹⁰ Sur la question de la date et du lieu de la formation du contrat par correspondance, il est ingénieux de voir comment le droit spécial a supplanté les ambiguïtés rédactionnelles de l'article 81 du COCC. Existe-il alors aujourd'hui une « *théorie générale des contrats spéciaux* », Selon JESTAZ, si nous n'y prenons pas garde, la théorie générale risque un jour de tourner à vide tandis que de leur côté les contrats spéciaux relèveraient, chacun pour ce qui les concerne, d'une sorte de technologie primaire. V. P. Jestaz, *L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945*, in : *L'évolution du droit des contrats*, PUF, 1986, p.135.

¹¹ S. Le GAC-PECH, *les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil*, 2016, LPA, 16 août 2016, n° 119, p.6 et s.

contractuelles, sous le coup de la conjoncture¹², fait que les paradigmes qui prévalait lors de la codification ne sont plus¹³.

Secundo, le respect du contenu du contrat, gage de sécurité dans les rapports contractuels aux sources discutées, que nul, même le juge, ne peut remettre en question est de plus en plus tempéré. Le contenu du contrat n'étant jamais accidentel, il en découle que la sauvegarde des prévisions contractuelles par les parties est un souci majeur de la réglementation. Mais, nonobstant l'existence d'un principe sacro-saint en la matière, évidence est que là aussi, l'argument temporel a repris du poil de la bête sur le principe. En effet, devant la possibilité de voir les prévisions contractuelles appréciées par les parties au moment de la conclusion d'un contrat faussées, quelques infléchissements furent apportés à ce principe.

Aujourd'hui, l'avènement de nouvel ordre contractuel¹⁴ ou encore la transformation du droit des contrats¹⁵ laisse refléter le souci récurrent d'encadrement des rapports contractuels minés par des déséquilibres de toutes sortes. Cette préoccupation d'encadrement des relations contractuelles est d'autant plus visible avec le développement des contrats d'adhésion¹⁶. La réalité contractuelle actuelle est celle qui révèle une altération de la liberté contractuelle par l'effritement de la volonté. Le contenu du contrat n'est plus le résultat d'un consensus, mais plutôt le reflet des exigences de l'une des parties au contrat susceptible de créer de graves déséquilibres. Tout compte fait, s'il est vrai que la loi peut être indifférente face au déséquilibre contractuel, c'est parce qu'à la base, il existe de vrais obstacles pour corriger un tel déséquilibre. La question n'ayant pas laissé en rade certaines législations, la stabilité du COCC pas très éloignée d'un immobilisme¹⁷ soulève de pertinentes questions sur la prise en compte de ces nouvelles réalités contractuelles. Il est incontestable que le déséquilibre

¹² V. J.M.E. PORTALIS « *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* », *Litec*, 2004, p. XXIV.

¹³ À ce titre, bien qu'il soit possible de soutenir que le COCC est emprunté d'une particularité vis-à-vis du Code civil français, il n'en reste pas moins que ce dernier partage avec son ancêtre des accointances à plusieurs égards, V. R. DECOTTIGNIES, « *Réflexions sur projet de Code sénégalais des obligations* », *Annales Africaines* 1962, p.171 ; M. THIOYE, « *le COCC, un « Code civil français » sous les tropiques ?* », in *Acte de Colloque sur : le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Harmattan, vol 2, 2018, p. 597.

¹⁴ D. MAZEAUD, « *Le nouvel ordre contractuel* », *RDC*, 01 décembre 2003, n° 1, p. 295.

¹⁵ C. THIBIERGE, « *libres propos sur les transformations du droit des contrats* », *op cit.*, Pages 357 et s.

¹⁶ L'article 1110 de l'ordonnance de 2016 définit le contrat d'adhésion de la manière suivante : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». Cependant, avec la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018 Le nouvel article 1110, Al. 2, du Code civil définit ainsi le contrat d'adhésion comme celui qui comporte « un ensemble de clauses non négociables déterminées à l'avance par l'une des parties ». Ainsi, on retrouve dans le contrat d'adhésion une partie adhérente et une partie rédactrice du contrat. V. O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat, étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 322, 1999.

¹⁷ I. Y. NDIAYE, « *leçon inaugurale : le COCC 50 ans après (regard furtif)* », *op. cit.*, p. 13.

contractuel a atteint de grandes proportions dans les conventions entre particuliers. D. MAZEAUD prédisait que : « *Le déséquilibre contractuel a encore de beaux jours devant lui* »¹⁸. Partant du constat qui précède, et en rapport avec le droit sénégalais des contrats, il devient itératif de se pencher sur le phénomène du déséquilibre contractuel constamment évoqué sur le devant de la scène¹⁹.

Traiter de la réception du déséquilibre contractuel à l'aune du droit sénégalais des contrats suppose, avant toutes considérations de fond, un éclaircissement conceptuel. La notion de déséquilibre contractuel est fréquemment évoquée en matière contractuelle, mais sa définition soulève quelques difficultés. La variété des formes de déséquilibres constitue un facteur qui milite pour la rétention d'une méthodologie afin de comprendre ce concept. Ainsi, pour en saisir le sens, nous partirons d'un raisonnement *a contrario*. Il s'agira de comprendre le déséquilibre contractuel en saisissant son opposé, l'équilibre contractuel. Etymologiquement « *aequilibrium* », le concept d'équilibre est composé de deux mots latins « *libra* » désignant la balance et « *aequus* » signifiant égal²⁰. Le droit étant en recherche permanente d'équilibre²¹, en matière contractuelle, il convient de considérer l'équilibre comme une « *composition harmonieuse du contenu du contrat* »²². De cette appréhension *a contrario*, il est permis d'envisager de définir le déséquilibre comme la rupture flagrante d'équivalence, de proportionnalité des prestations *interpartes*. Le déséquilibre contractuel s'appréhende comme une « *composition non harmonieuse du contenu du contrat, envisagé dans sa globalité* »²³. Selon un auteur, « *le contrat déséquilibré est un contrat [qui] présente un déséquilibre au détriment de l'une des parties* »²⁴. Dans notre approche, le déséquilibre contractuel est un manque ou une rupture d'intérêts du contrat occasionné par une inéquivalence des prestations ou un abus de pouvoir²⁵ au détriment du contractant le plus vulnérable. À bien des égards, ce déséquilibre peut être assimilable à de l'abus de droit²⁶.

¹⁸ D. Mazeaud, *Le principe de proportionnalité et la formation du contrat*, LPA, 30 septembre 1998, p. 12.

¹⁹ A.- A. NGWANZA, « L'équilibre contractuel dans l'avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats », Rév. dr. unif. 2008, page 497.

²⁰ L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, 2002, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, n° 188, p. 3.

²¹ H. Kassoul, propos introductifs : *l'équilibre, cette norme primitive et relative : équilibre(s) et déséquilibre(s) en droit*, colloque, 21 Juin 2019, Nice.

²² L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, op. cit., p. 134.

²³ *Ibid.*, n° 232, p. 160.

²⁴ V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés 1*, 2000, PUAM, n° 18, p. 43.

²⁵ Il peut bien s'agir aussi d'un abus de droit. Le droit de contracter utilise de manière malveillante voir déraisonnable par le contractant fort pour imposer des obligations disproportionnées aux siennes dans le cadre d'un contrat synallagmatique à un contractant faible.

²⁶ « Cet abus commence quand le déséquilibre des prestations est tel que le contractant ne pouvait normalement prévoir qu'il allait retirer de ce contrat un tel avantage ». V. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 1949, n° 87.

Somme toute, une distinction doit être opérée entre le déséquilibre contractuel et les contrats déséquilibrés. Si le second pénètre le premier, il est incontestable que le premier couvre un domaine plus large. Par contrats déséquilibrés, la référence est plus souvent faite à ceux qui le sont structurellement par leurs natures ; or que, le déséquilibre contractuel en tant que phénomène peut se loger dans toutes conventions. Le déséquilibre est intrinsèque soit à une clause contractuelle, en ce moment cette dernière devient un instrument de déséquilibre, soit au contrat en tant que tel qui devient alors objet du déséquilibre²⁷.

Dans le cadre d'une analyse extensive du champ contractuel, trois types de déséquilibre sont identifiables. Comme premier type, il est admis que le déséquilibre contractuel le plus fréquent est celui découlant d'une clause contractuelle. À la suite d'une stipulation contractuelle, l'équilibre entre les parties est rompu pour défaut d'équivalence des prestations dues. Second type, le déséquilibre peut résulter de la survenance d'un événement extérieur, un changement de circonstances bouleversant l'économie du contrat. Il s'agit fréquemment de situations dans lesquelles l'objet d'un contrat porte sur des prestations futures, c'est-à-dire sur des obligations à exécution successives, ou prestations à exécution différées²⁸. Enfin, en rapport avec le premier type de déséquilibre contractuel, les formes d'abus de puissance, d'exploitation d'un état de dépendance ou de fragilité contractuelle peuvent être à l'origine d'un déséquilibre contractuel entre les parties²⁹. En pareil cas de figure, comparé à celui qui est dans une position prédominante, l'autre partie ne peut se prévaloir de la même liberté de conclure un contrat. Tout au plus, cette classification est simplifiable en évoquant d'une part, les contrats déséquilibrés en valeurs et d'autre part, les contrats déséquilibrés en pouvoirs. Tandis que dans la première catégorie il est question d'une absence d'équivalence entre la valeur d'un bien ou du service fourni et le prix payé, dans la seconde catégorie, il est question des contrats dans lesquels l'une des parties utilise son pouvoir pour imposer à l'autre des conditions se matérialisant par des clauses contractuelles excessives³⁰. Le déséquilibre est alors le résultat d'un abus dans l'exercice de ce pouvoir unilatéral.

À titre liminaire, il est essentiel d'apporter quelques précisions sur le périmètre d'étude de notre sujet. De prime abord, se lancer dans une telle étude implique *ipso facto* de faire rejaillir

²⁷ Dans sa thèse intitulée « la proportionnalité en droit privé des contrats », Sophie Le Gac- Pech traite en première partie de la clause comme instrument de déséquilibre contractuel et en deuxième partie du contrat comme objet du déséquilibre.

²⁸ M. Planiol., G. Ripert., *Traité de droit civil français*, t. 6, par Esmein, Éd. 2, LGDJ, Paris, 1952-1962, n°396.

²⁹ À ce stade, le déséquilibre est plus informationnel que financier entre les parties. V. C. A. W NDIAYE, *libre propos sur la protection du consentement cinquante années après*, op. cit. p. 393.

³⁰ Dans cette hypothèse on parlera de puissances inégales entre les parties, P. SIRINELLI, « *L'équilibre dans le contenu du contrat* », *Dalloz*, 2016, p. 240.

cette scission du Droit traduite par la *Summa divisio*. En effet, la sphère contractuelle traverse cette dichotomie entre droit public et droit privé. Consacrée depuis 1903³¹, l'administration peut conclure des contrats au régime juridique vacillant entre le COCC ou le Code des obligations de l'administration. Dès lors, cette constatation appelle des observations dans le cadre de ce travail. De la conception qu'on a du déséquilibre contractuel, celui-ci est inhérent au contrat administratif dans la mesure où il s'agit de conventions où l'administration détient des prérogatives qualifiées comme étant exorbitantes. Ainsi, ces types de contrats ne rentreront pas dans les contours de notre étude. Il sera donc question de s'appesantir sur les contrats soumis au régime juridique de droit privé³². Sous réserve de cette précision primaire, il est aussi important d'en apporter une seconde beaucoup plus inclusive ayant trait même aux dites conventions de droit privé. Une fausse appréhension pourrait amener à penser que cette étude sera calquée uniquement sur les contrats de consommation ou les premières prémices de réglementation prenant en compte le déséquilibre contractuel sont identifiables dans les contrats de consommation avec la mise en place d'un « *droit de classe* »³³ de plus en plus supplanté par un droit décloisonné s'attachant plus au contenu qu'aux parties au contrat. Néanmoins, cela ne fait pas du déséquilibre contractuel une identité exclusive de ce type de contrat. Pour preuve que le déséquilibre transcende cette considération *intuiti personae*, le déséquilibre contractuel susceptible d'exister même dans le conclu par deux professionnels. Pour de ce fait plus de cohérence, cette étude sera focalisée que sur le déséquilibre contractuel, abstraction faite de la nature singulière des conventions susceptibles d'en constituer le réceptacle. Ainsi, ayant à l'esprit la portée large du déséquilibre contractuel, nous ne prétendons pas à une analyse exhaustive de l'ensemble des situations matérialisant ce phénomène contractuel dans la pratique. L'étude ne se donnera pour ambition que d'aborder le déséquilibre contractuel de manière linéaire, limitant notre analyse *stricto sensu* à la simple relation contractuelle. Les relations contractuelles présentant des complexités inhérentes à leurs natures telles les ensembles contractuels ou les montages contractuels ne seront pas abordés dans le cadre de cette étude. L'accent sera mis plutôt sur la réaction du droit sénégalais des contrats en présence d'un déséquilibré contractuel. La réflexion sera axée sur la théorie générale ainsi que le droit des contrats spéciaux tout en précisant que, c'est plus les

³¹ J. ROMIEU, *conclu.* Sur 6 févr. 1903, Terrier.

³² Conventions régies par le COCC et par des textes spéciaux.

³³ On voit se développer, par opposition à la notion de droit commun, la conception d'une législation de classe, plus précisément d'un droit professionnel qui se subdivise naturellement en une série de compartiments correspondant aux diverses activités humaines et aux différentes positions que chacun de nous peut occuper dans la société [...] d'où une dispersion, une fragmentation du droit.

contrats spéciaux présentant un déséquilibre contractuel structurel qui retiendra plus notre attention. Au regard de ce qui précède et en considération de l'orientation retenue, il nous incombera d'axer notre réflexion autour de l'interrogation suivante :

Quelle réception du déséquilibre contractuel en droit privé sénégalais des contrats ?

Comme précédemment rappelé, il est incontestable que malgré l'émergence d'une conception altruiste dans la vision portée sur les relations contractuelles, l'antagonisme des intérêts occupe toujours une position dominante³⁴. Partant, l'encadrement du déséquilibre contractuel devient préoccupant surtout à l'aune de la floraison des contrats d'adhésion³⁵. Ainsi, cette étude permettra de voir comment la théorie générale, axée sur une conception volontariste³⁶, est réadaptée ou devrait l'être³⁷ afin de prendre en considération les mutations assiégeant les contrats de droit privé³⁸. Le doyen GENY relevait que la méthode pour obtenir l'équilibre devrait consister à « *reconnaître les intérêts en présence, à évaluer leur force respective, à les peser, en quelque sorte, avec la balance de la justice, en vue d'assurer la prépondérance des plus importants, d'après un critérium social, et finalement d'établir entre eux l'équilibre éminemment désirable* »³⁹. Il demeure alors tout à fait légitime de voir comment le droit sénégalais répond au phénomène du déséquilibre contractuel. Des lors, la particularité de cette étude résulte dans l'approche choisie. Au lieu de laisser transparaître une présomption d'équilibre dans les relations contractuelles, la logique dans les contrats contemporains procède d'une inversion résultant que c'est plus une présomption de déséquilibre dans les

³⁴ Il existe un recul réel de la position de DEMOGUE qui considérait au 20^{ème} Siècle que le contrat comme un microcosme au sein duquel il y'a convergence d'intérêts faisant naître un véritable intérêt commun contractuel.

³⁵ On peut noter une opposition des auteurs entre d'aucuns qui optent pour une conception large du contrat d'adhésion en incluant tous les contrats de distribution (franchise, distribution sélective, concession) dans la catégorie des contrats d'adhésions. D'autres qui optent pour une approche plus restrictive de l'adhésion, la cantonnant aux contrats de masse contenant des dispositions générales standardisées non négociées et négociables. V. Arnaud Lecourt, *Incidences de la loi de ratification 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 sur le droit des sociétés*, RTD com., 2018 p.365 et s.

³⁶ Conception dont Domat et Poitiers ont d'ailleurs imprimé au Code civil. V. J. CARBONNIER, *Flexible droit*, éd. 10, LGDJ, p. 226.

³⁷ L'auteur LIKILLIMBA plaide pour une nouvelle codification du droit des obligations contractuelles, V. G-A. LIKILLIMBA, *La codification du droit des obligations dans l'espace OHADA*, in Acte de Colloque sur : *le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Harmattan, vol 2, 2018, p. 35 et s ; D. Y. WANE, *Après cinquante ans de codification, quels avens pour le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal ?* in Acte de Colloque sur : *le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Harmattan, vol 2, 2018, p. 628.

³⁸ I. SECK, « des quelques mutations du droit sénégalais des contrats de droit privé », *Annales africaines*, n° Spécial, 2020, p. 38 et s.

³⁹ F. GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t.1, Paris, LGDJ, 2e éd., 1954, p. 167.

relations contractuelles qui semble se dégager. Des voix autorisées se sont magistralement positionnées sur ce sujet. Le Pr. I.Y. NDIAYE systématisait bien cette préoccupation entre ce diptyque relation, déséquilibre contractuel et contrats d'adhésions en affirmant qu'« *on s'accorde unanimement aujourd'hui à reconnaître que les contrats d'adhésion constituent une catégorie de contrats à part qui méritent, par suite, un régime à part, afin de rétablir l'équilibre contractuel rompu dès l'origine* »⁴⁰. Cependant, il faut noter que même pour les plus grands défenseurs de l'équilibre contractuel, il « *ne saurait être question de lutter systématiquement contre tous les déséquilibres en vue d'assurer une équivalence arithmétique dans le contrat* »⁴¹. Ainsi, ce contraste qu'on observe dans la doctrine se transpose parfaitement dans la législation en matière contractuelle. Les balbutiements du législateur sénégalais quant à une réglementation stricte du déséquilibre contractuel se fait sentir au premier abord. Entre désengagement ou interventionnisme mitigée⁴² de ce dernier, l'importance de la question de la réception du déséquilibre contractuel se révèle à bien des égards.

L'étude qui sera réalisée dans cette entreprise de recherche sera principalement axée à deux niveaux. Il sera communément question d'apporter notre appréciation sur la réception du déséquilibre contractuel par le droit privé sénégalais des contrats. De ce fait, par une approche analytique et prospective, il résulte que les réponses dégagées par le droit positif sénégalais en présence d'un contrat déséquilibré s'appréhendent sur deux extrémités complémentaires et non antagonistes. Sans doute, il fut question de trouver un équilibre légal face au phénomène du déséquilibre contractuel en prenant en compte la nature profondément volontariste des conventions et le souci de maintien d'une sécurité juridique dans les rapports. Présentant quelques ambivalences, il va de soi que le droit privé sénégalais des contrats reste bien sensible⁴³ au phénomène du déséquilibre contractuel (**TITRE II**), même si cette sensibilité est fortement colorée à la base d'une certaine indifférence⁴⁴ (**TITRE I**).

⁴⁰ I.Y. NDIAYE « *leçon inaugurale : le COCC 50 ans après (regard furtif)* », *op. cit.*, p. 21.

⁴¹ D. Mazeaud, *le principe de la proportionnalité et la formation du contrat*, *op. cit.*, p. 12.

⁴² A. I. MAIGA, *Le déséquilibre contractuel en droit malien*, Harmattan, coll. Etudes africaines, 2020, p. 45 et s.

⁴³ Une sensibilité perceptible du fait que le droit des contrats sénégalais se réadapte par le truchement des lois spéciaux prenant en compte le phénomène du déséquilibre contractuel dont les vicissitudes du temps ont acculé la théorie générale du COCC.

⁴⁴ « Plus attaché à la liberté des parties qu'à une exigence de justice contractuelle, le législateur a longtemps traité par l'indifférence le déséquilibre du contrat ». V. Lasborde, *retour sur les contrats déséquilibrés après l'ordonnance n° 2016- 131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations Contribution*, in : Mélanges en l'honneur du professeur Corinne Saint-Alary-Houin, 2020, p.311.

TITRE I : L'APPARENTE RÉCEPTION INDIFFÉRENTE DU DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL EN DROIT POSITIF SENEGALAIS

En matière contractuelle, le droit positif sénégalais manifeste une indifférence⁴⁵ dans la réception du phénomène du déséquilibre contractuel. Cette indifférence témoigne d'une certaine assurance que le législateur accorde à la présomption d'équilibre contractuel exalté par droit commun. C'est pour cette raison qu'on peut identifier des justifications théoriques⁴⁶ à cette situation de réception indifférente du déséquilibre contractuel (Chapitre I) avant de se pencher et d'isoler concrètement la manifestation de cette réception indifférente dans les divers contrats (Chapitre II).

Chapitre I : Les justifications théoriques d'une réception indifférente

Le droit commun des contrats renferme un ensemble de prescriptions à respecter qui rendent l'existence d'un déséquilibre contractuel quasi improbable dans les relations contractuelles. La législation contractuelle étant plantée par la théorie générale et le droit des contrats spéciaux, il émerge de ces textes une justification théorique de la réception indifférente du déséquilibre contractuel. À partir de ce constat, il sera question de scruter la manifestation de cette justification théorique à travers le droit commun (Section I), mais aussi sous le prisme du droit des contrats spéciaux (Section II).

Section I : La théorie générale, point d'achoppement du déséquilibre contractuel

Il existe une physionomie volontariste qui irrigue le droit commun. Celle-ci se traduit par l'admission d'un postulat égalitariste entre parties contractantes. Des règles de formation du contrat jusqu'aux règles qui encadrent l'exécution et la fin de celui-ci, la loi accorde une importante place à la volonté des parties. Cette conception volontariste entraîne une sorte de sanctification du déséquilibre contractuel (Paragraphe 1), et produit des constantes visibles attestant de cette réception indifférente (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La sanctification du déséquilibre contractuel par le droit commun

La conception volontariste innerve toute la sphère contractuelle. Celle-ci témoigne de l'attachement du législateur à mettre les parties sur le même piédestal en leur offrant

⁴⁵ V. Lasbordes, *Ibid*, p. 311. « À l'exception, d'une part, des quelques cas de lésions sanctionnés dans l'intérêt de l'une des parties ou d'une entreprise en difficultés et, d'autre part, de la nullité du contrat à titre onéreux conclu pour un prix vil ou dérisoire, le législateur ne réservait aucun traitement spécifique au contrat déséquilibré lors de sa conclusion ou devenu déséquilibré, au cours de son exécution, à la suite d'un changement des circonstances économiques ou de l'exécution imparfaite d'une obligation ».

⁴⁶ Il s'agit de justifications théoriques dans la mesure où celles-ci résultent d'une construction doctrinale ancienne, voire même emprunté à des législations étrangères.

réciroquement les mêmes prérogatives, et en les soumettant aux mêmes obligations. Le contrat devient la projection de la volonté humaine, d'ailleurs Maurice Hauriou le conceptualisait comme la tentative « *la plus hardie qui puisse se concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un cadre de prévision* »⁴⁷. En marge de ce constat, il faut noter que cette sanctification du déséquilibre passe principalement par la liberté contractuelle (A) et la force obligatoire du contrat (B).

A. La liberté contractuelle comme fondement voulu de la réception indifférente

Trouvant son siège à l'article 42 du COCC qui dispose, « libre de contracter ou de ne pas contracter, d'adopter toutes espèces de clauses de modalités. Les parties ne peuvent cependant porter atteinte par conventions particulières à l'ordre public et aux bonnes mœurs », la liberté contractuelle⁴⁸ charpente majeure de la théorie de l'autonomie de la volonté justifie à bien des égards la réception indifférente du déséquilibre contractuel en droit sénégalais.

Il est coutume de dire que la liberté que prône particulièrement la conception volontariste implique l'existence corrélatrice d'une égalité. C'est justement à ce niveau que celle-ci se prévaut en instrument symbolique de la justice contractuelle. Or, qui fait étalage du déséquilibre contractuel pointe nécessairement du doigt l'effritement de la justice contractuelle. Partant de ce postulat, la liberté contractuelle qui implique par essence qu'aucune partie au contrat ne soit amenée à nouer une relation contractuelle ou d'accepter des obligations quelconques sans son consentement, emporte par là même une vision moniste des relations contractuelles⁴⁹. Ainsi, par cet objectif primaire assigné à la liberté contractuelle, il fut clair que celle-ci a été portée au rang de fondement voulu d'une réception indifférente du déséquilibre contractuel. En toutes hypothèses, la charge incombait à cette sous-jacente de l'autonomie de la volonté de pallier à une éventuelle situation de déséquilibre contractuel. Le schéma que la liberté contractuelle instaure se présente comme l'ultime moyen de contrecarrer le déséquilibre contractuel initial ou de base. Cela est d'ailleurs perceptible à bien des égards. Le déséquilibre contractuel trouve sa source très souvent dans un déséquilibre de pouvoirs entre les parties. Il faut que l'une des parties soit dans une certaine position dominante vis-à-vis de son contractant pour pouvoir lui imposer des clauses contractuellement

⁴⁷ M. Hauriou, *Principe de droit public*, Dalloz, SIREY, 1916, 2e éd., p. 106.

⁴⁸ La liberté contractuelle autorise les parties à créer *ex nihilo* un aménagement de leurs rapports, partant à écarter tous les modèles qui pouvaient leur être proposés par la loi.

⁴⁹ On peut qualifier cela de vision moniste du fait que la liberté contractuelle n'a pas pour unique but que d'assurer un parfait équilibre de base entre parties au contrat.

excessives non en adéquation avec une quelconque contre-prestation. Or, il nous semble à la lecture de l'article 42 du COCC que la liberté contractuelle est axée même sur cette idée de pouvoir. D'ailleurs qui parle de liberté fait référence systématiquement à l'existence d'une prérogative, d'un pouvoir. En effet, le pouvoir, tel qu'il ressort de la plupart des dictionnaires juridiques⁵⁰, fait automatiquement référence à l'idée de prérogatives dont le titulaire détient en vertu de la loi. Selon Emmanuel GAYARD⁵¹, le pouvoir s'analyse comme une prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien. À noter que cette définition sied parfaitement au contenu de la liberté contractuelle : le pouvoir de contracter ou de ne pas contracter, de choisir avec qui contracter et sur quoi contracter. En admettant ainsi principalement que chaque contractant détient ce pouvoir, la loi entend admettre qu'aucune partie ne peut imposer en contractant ou imposer des clauses contractuelles sans que cette dernière ne puisse en retour brandir son pouvoir et refuser d'être partie à la convention souhaitée.

Cette liberté contractuelle, imbue d'un ensemble de prérogatives qu'elle confère aux contractants, permet à ces derniers d'entretenir une relation contractuelle équilibrée avec un partenaire. C'est d'ailleurs la justification de cette fameuse présomption d'équilibre contractuel dans les conventions. Ainsi, nonobstant les disparités catégorielles, le contractant faible tire toujours un pouvoir de cette liberté contractuelle. C'est cette même liberté contractuelle qui peut justifier le fait que de plus en plus se développe dans diverses législations spéciales une obligation précontractuelle d'information ainsi qu'un régime juridique sur les négociations précontractuelles⁵². La liberté contractuelle s'est davantage exprimée par la liberté de négociation. Si on est libre de contracter, à plus forte raison, devrait-on l'être aussi pour négocier de ce sur quoi s'exprimera notre consentement. La liberté contractuelle joue un rôle principal dans l'instauration d'une égalité entre les parties au contrat et chasse de ce fait l'idée du déséquilibre contractuel. Pris dans sa conception la plus effective, l'article 42 du COCC qui exalte la liberté contractuelle montre une volonté du législateur de mettre le volontarisme comme moyen d'établissement d'une relation contractuelle déséquilibrée.

⁵⁰ Le lexique des termes juridiques *Dalloz* ; le dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit sous la direction de André-Jean Arnaud à la *LGDJ* ; le droit de A à Z des Editions Juridiques Européennes ; Le dictionnaire de vocabulaire juridique sous la direction de Rémy Cabrillac chez *Litec*.

⁵¹ Emmanuel GAYARD, *Le pouvoir en droit privé*, collection droit civil, *ECONOMICA*, 1985, p. 20 et s.

⁵² Si COCC ne fait pas état de la négociation précontractuelle, l'AUDCG lui consacre cette prérogative aux parties dans le cadre d'un contrat. L'article 249 de l'AUDCG consacre la liberté de négociation en marge de la liberté contractuelle.

Ainsi, la liberté contractuelle garde toujours son principal objectif à savoir mettre les parties sur le même pied avec les mêmes prérogatives. Il faut constater que même dans les cas les plus extrêmes tels que les contrats d'adhésion, la liberté contractuelle reste bien opérante pour permettre à la partie adhérente de refuser de contracter. En toute hypothèse, la contrainte viciant le consentement, personne ne peut être amené à conclure un contrat sous l'effet d'une contrainte sous peine que celui-ci ne soit passible de nullité⁵³. Ainsi, un contrat économiquement déséquilibré, loin de démontrer une limite de la liberté contractuelle, témoigne du non-respect des conditions de formation d'un contrat. La nullité d'un tel contrat pourra être appréhendée sur le fondement des vices du consentement⁵⁴. Si la liberté contractuelle conduit à une situation de déséquilibre, le contrat ne devient plus alors un acte de prévision⁵⁵ puisque cela reviendrait à admettre qu'une des parties a alors prévue le déséquilibre préjudiciable à son égard.

B. La force obligatoire et ses vertus supposées inhibitrices du déséquilibre

La force obligatoire rentre dans le même sillage que la liberté contractuelle. En effet, si la liberté contractuelle, se prévaut en instrument de mise en place d'une relation contractuelle juste et équilibrée, la force obligatoire a pour but d'assurer le maintien de cet équilibre contractuel. En ce sens, il ne serait pas faux d'affirmer qu'une des fonctions principales de la force obligatoire du contrat serait d'isoler ce dernier des méfaits de toutes altérations extérieures. Consacrée par l'article 96 du COCC, la force obligatoire du contrat est au sens de H. KELSEN ce qui justifierait le pouvoir créateur de droit par la volonté, pouvoir qu'elle tire de la loi⁵⁶. Aujourd'hui, la rigueur de la force obligatoire constitue une composante traditionnelle du droit sénégalais des contrats à la différence de l'évolution notée dans d'autres législations. Pour comprendre ses vertus inhibitrices du déséquilibre contractuel, il faut retourner au sens primitif de la notion de force obligatoire. Le contrat n'a pas de force obligatoire parce qu'il crée des obligations et c'est justement là où se trouve à notre niveau le rapport entre force obligatoire et déséquilibre contractuel. Il faut constater que la force

⁵³ V. Art. 40 du COCC.

⁵⁴ Selon Ripert, il s'agit davantage de « permettre la protection d'un contractant qui lutte dans le contrat avec des armes inférieures et d'empêcher que l'autre partie ne tire un avantage de cette infériorité connue d'elle et quelquefois créée par elle », G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ., 1949, n° 41.

⁵⁵ LÉCUYER, *Le contrat, acte de prévision*, in *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, 1999, Dalloz, p. 643 s.

⁵⁶ H. Kelsen, *La théorie juridique de la convention*, *Archives de philosophie du droit*, 1940, p. 33, n° 13 : « la convention est obligatoire [...] dans la mesure [...] où une norme d'un degré supérieur autorise les sujets à créer (par délégation) une norme d'un degré inférieur ». V. aussi AMSELEK, *Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen*, *RRJ* 1999, spéc. p. 50.

obligatoire du contrat est confondue avec le contenu obligationnel du contrat⁵⁷. Ce contenu obligationnel est ce qui fait l'essence d'un contrat puisque ce dernier reste un accord de volonté générateur d'obligations⁵⁸ sous le sceau de la loi. La force obligatoire en soi se décline en deux sous variantes : l'intangibilité du contrat et l'irrévocabilité de ce dernier. Cette nette distinction est perceptible dans les contrats conclus sous condition suspensive. La doctrine s'accorde pour dire que la condition suspensive, à la différence du terme suspensif, affecte la naissance des obligations. Pourtant, en dépit de l'inexistence des obligations *pendente conditione*, le contrat est d'ores et déjà obligatoire, de sorte que les parties ne peuvent se rétracter ou le modifier unilatéralement.

La force obligatoire du contrat implique le respect des obligations contractuelles. La question du ou de ses fondements fait l'objet d'une véritable discussion⁵⁹. Nombreuses sont les théories qui ont été échafaudées pour tenter de l'expliquer. L'autonomie de la volonté, la loi, les attentes légitimes du créancier, ont tour à tour été avancées sans jamais emporter définitivement conviction. La vérité, si tant est qu'elle existe, résulte sans doute d'une combinaison de ces différentes explications. Dans une tentative de trouver de ces explications laquelle était la plus susceptible de rattacher la force obligatoire au déséquilibre contractuel, il ressort de cela que c'est la notion d'attentes légitimes⁶⁰ qui paraît plus prompte pour s'atteler à une telle tâche. Pour J. CARBONNIER, « *ce qui fonde la force obligatoire du contrat, c'est l'attente du créancier, qui ne doit pas être déçue ce qui implique comme corollaire que : le débiteur n'est obligé que dans la limite de ce qu'attendait le créancier, de ce à quoi il pouvait s'attendre raisonnablement* »⁶¹. Ainsi, l'attente légitime est ce qui justifie que chacune des parties soit astreintes à ses obligations. Admettre un déséquilibre contractuel alors que la force obligatoire du contrat veille pour que les attentes des parties ne soient pas faussées pose un problème.

⁵⁷ Cette distinction fut l'œuvre d'un auteur dans un article classique ; ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ., 1999. p.771 et s.

⁵⁸ V. Art. 40 du COCC.

⁵⁹ Si classiquement la doctrine attribue la force obligatoire à la volonté ou la loi, il faut aussi préciser que dans certains cas de figure la force obligatoire d'un acte juridique est tributaire de l'office du juge. C'est ce que rappelle en substance une décision de la cour suprême sénégalaise. « *Qu'en déclarant que le procès-verbal de conciliation n'est pas un contrat, la Cour d'Appel est allée dans un sens diamétralement opposé aux termes de l'article 7 du nouveau Code de procédure civile selon lequel c'est seulement en cas de conciliation que le juge dresse procès-verbal des conditions de l'arrangement. L'accord des parties sert de base au procès-verbal de conciliation. Ainsi, en décidant que le procès-verbal n'a pas de nature contractuelle, le juge a violé les termes de l'article 40 du COCC* » ; CS. civ. com., arrêt n° 95, Bull. arrêts n°6-7, p. 52. Bulletin disponible sur : [Bulletin des arrêts | Cour Supreme](#), site consulté le 10/04/2023.

⁶⁰ GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, thèse Amiens, 2008, p. 426.

⁶¹ J. CARBONNIER, « *L'évolution contemporaine du droit des contrats* », Introduction à L'évolution contemporaine du Droit des Contrats. Journées René Savatier (Poitiers 24-25 octobre 1985), Paris, 1986, p. 34.

Ce respect du contrat implique⁶² une assurance, voire une sécurité conférée à son contenu obligationnel. À ce niveau, la force obligatoire du contrat reste au service du contenu obligationnel du contrat. Quand on sait que l'intangibilité du contrat permet de rester à l'abri de toute intervention unilatérale de la part d'un des contractants. On en déduit que la force obligatoire du contrat protège les parties d'un éventuel déséquilibre contractuel susceptible d'être causé par une modification unilatérale des obligations de l'une des parties. Autrement dit, l'intangibilité du contrat s'entend d'une intangibilité par volonté unilatérale. Dans la pureté des principes, le contrat est en effet un temple de la bilatéralité au sein duquel la volonté unilatérale des parties n'a plus sa place. Cette volonté s'est en effet figée dans le consentement échangé par les parties et seul un nouvel échange de consentements, portant sur certains aspects de la relation contractuelle, permettra d'en changer son contenu.

Outre l'intangibilité, la force obligatoire épargne les contractants des événements aléatoires susceptibles de déséquilibrer leurs relations à travers l'irrévocabilité du contrat. Elle permet de sceller la pérennité de celui-ci. Cela est d'autant plus vrai que si on se trouve en présence d'un contrat à durée déterminée. En pareille hypothèse, chacune des parties doit l'exécuter jusqu'à son terme sans pouvoir le remettre en question par une volonté unilatérale. Le contrat est en effet obligatoire pendant toute sa durée, et il n'y a donc pas d'alternative à l'exécution fidèle de la convention. Seul l'accord des parties ou *mutuus dissensus* peut mettre fin au contrat de manière anticipée.

Ainsi, en partant du postulat que le contrat a été conclu sous le sceau de la liberté contractuelle, la force obligatoire intervient pour donner une autre dimension beaucoup plus sécuritaire et stable au contrat. La liberté contractuelle ainsi que la force obligatoire des contrats s'inscrivent dans une logique de rejet du déséquilibre contractuel pris dans ses diverses déclinaisons au profit d'une présomption d'équilibre contractuel.

Paragraphe 2 : La transparence de la réception indifférente

La théorie générale renferme ce qu'on peut qualifier de constantes visibles d'une réception indifférente du déséquilibre contractuel. Dans la mesure où le contrat est un accord de volontés, il s'ensuit que la théorie générale, va rejeter certaines situations de déséquilibre contractuel. Dans l'état actuel du droit sénégalais, la lésion ainsi que l'imprévision sont des situations de déséquilibre contractuel que la loi considère très peu comme telles, car

⁶² Pour une relecture des déclinaisons de la force obligatoire, voir : LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, thèse Lille II, 2012, p. 183.

parfaitement insensibles à l'incidence qu'elles peuvent provoquer. C'est dans ce sens qu'on observe un rejet principal du déséquilibre initial (A), additionné à un rejet subsidiaire du déséquilibre circonstanciel (B).

A. Le rejet principal du déséquilibre initial : la lésion

Le propre du contrat, c'est de générer des obligations qui ont pour essence de se manifester en des prestations que les parties doivent exécuter. Par extension, les prestations des parties renvoient au cadre de l'une des conditions de formation du contrat : l'objet⁶³. Quand les parties concluent un contrat, c'est pour en tirer justement des avantages envisagés de part et d'autre. Toutefois, si la loi fait de l'existence de l'objet, donc des prestations, une condition de validité, il en est tout autre pour ce qui est de l'équilibre de ces prestations. C'est dans l'analyse de l'équilibre des prestations entre contractants que la notion de lésion intervient.

La lésion est empruntée d'une ambiguïté conceptuelle⁶⁴. Classiquement, elle est définie comme le préjudice causé à un contractant lors de la conclusion du contrat et engendré par un défaut d'équivalence économique, par une inégalité de valeur entre les prestations contractuelles. Elle se distingue, ainsi, aisément de l'imprévision qui évoque le profond déséquilibre dans l'économie d'un contrat survenu, lors de son exécution. On distingue trois conceptions concernant la lésion : une dite subjective, une autre dite objective et une dernière dite conception mixte. Sans occulter celle subjective⁶⁵ qui rattache la lésion à un vice du consentement⁶⁶, il conviendra d'orienter notre analyse sur la conception objective et mixte de la lésion. Selon la conception objective, la nature de la lésion doit être recherchée non pas dans l'analyse du consentement du contractant lésé, mais dans l'examen du contenu du contrat lésionnaire. Dans cette conception, la lésion apparaît comme un concept désincarné qui se réduit à un simple défaut d'équivalence, au seul déséquilibre contractuel. Il s'agit d'une inégalité de valeur entre les prestations contractuelles. Fondée sur le principe de justice commutative, la lésion est alors rattachée tantôt au but immoral, tantôt au défaut partiel de contrepartie. Quant à la conception mixte, la lésion y apparaît comme étant le signe d'une

⁶³ V. Art 47 du COCC.

⁶⁴ D. MAZEAUD, *La lésion, répertoire de droit civil*, Dalloz, 2018, p. 8 et s.

⁶⁵ Dans cette conception subjective, la lésion peut être bel et bien traitée et neutralisée par les causes de nullité inhérentes aux vices du consentement.

⁶⁶ La lésion est ici considérée comme le résultat d'un vice du consentement. Il est probable, en effet, que le contractant, finalement lésé, n'a accepté de conclure un contrat déséquilibré à son détriment que parce qu'il a agi sous l'empire d'une erreur, spontanée ou provoquée, ou d'une crainte déterminante.

faute commise par un contractant, « *comme l'injustice commise par l'abus du contrat* »⁶⁷. Elle révèle « *la déloyauté de la lutte entre les contractants* »⁶⁸ et est conçue comme la sanction d'un comportement déloyal, dès lors au moins que ce dernier a eu pour effet de déséquilibrer le contenu du contrat. De ces différentes conceptions, il paraîtra évident que la lésion est source de déséquilibre contractuel et devrait donc faire l'objet d'une sanction. Mais, une telle conclusion qui conduirait inéluctablement à une sanction systématique du contrat lésionnaire se présente comme précipitée. Dans le COCC, il existe une disposition intéressante qui résume parfaitement le regard du droit sénégalais sur le cas de la lésion. L'article 75 du COCC dispose que « la lésion résultant du déséquilibre des prestations promises dans le contrat au moment de sa formation n'entraîne la nullité ou rescision du contrat qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi. »⁶⁹. Par cette disposition, le législateur sénégalais encadre soigneusement le domaine de la lésion. En effet, si lésion signifie déséquilibre des prestations, elle n'a pas toujours comme traitement la nullité. Ainsi, en droit seul dans des hypothèses extracontractuelles on retrouve un traitement de la lésion par la nullité. Ces hypothèses se trouvent en matière d'incapacité⁷⁰, de partage⁷¹.

En matière contractuelle, la sanction de lésion est peu prise en considération dans le cadre d'une réception du déséquilibre contractuel. Le droit positif sénégalais verse plus vers la conception subjective de la notion. Ce postulat pourtant incompréhensible résulte d'une confrontation entre la morale et l'aspect économique du contrat. La question de la lésion a une forte consonance morale, mais encore, elle revêt une dimension économique qui ne peut être occultée. Envisagée sous le seul angle de la morale, la lésion devrait se voir reconnaître les effets les plus étendus. En effet, le déséquilibre contractuel qui la caractérise est souvent le signe tangible de l'exploitation par un contractant fort de la faiblesse ou de la vulnérabilité d'un contractant faible. Or, « *il est contraire à la morale qui enseigne de traiter les hommes en frères, de se livrer à l'odieuse exploitation du prochain* »⁷². Ce constat qui commande l'admission de la lésion se heurte à l'impératif de sécurité juridique⁷³. Admettre une remise en

⁶⁷ RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., 1949, LGDJ, n°70.

⁶⁸ RIPERT, *op. cit.*

⁶⁹ L'article 1168 du Code Civil ne fait pas l'exigence d'équivalence une condition de validité dans les contrats synallagmatiques.

⁷⁰ Art. 275 Al. 2 du Code de la Famille.

⁷¹ Art. 489, 827 du Code de la Famille.

⁷² RIPERT, *op. cit.*, N° 70.

⁷³ « *Il est une valeur que les théoriciens du droit, tel Paul ROUBIER, regardent comme fondamentale : c'est la sécurité juridique. Ils la placent avant la justice même, et avant le progrès : c'est elle qu'il convient de sacrifier en dernier lieu, parce qu'elle conditionne les deux autres.* ». J. CARBONNIER, *Flexible droit*, *op. cit.*, pp. 193-194 ;

cause des contrats parce qu'ils sont économiquement déséquilibrés ruinerait l'impératif de stabilité contractuelle. Or, sur un plan fonctionnel, le contrat est un acte de prévision, un instrument qui permet la réalisation d'opérations économiques, et il ne faut pas qu'il puisse être trop facilement remis en cause sous peine de perdre toute crédibilité, d'être privé de toute légitimité et de toute utilité pratique. Par ailleurs, l'admission de la lésion comme cause générale d'anéantissement des contrats contrasterait avec les principes de liberté et d'égalité qui constituent encore le socle de notre droit contractuel contemporain⁷⁴.

De manière extensive, l'indifférence de la loi sur le déséquilibre des prestations au moment de la conclusion du contrat se confirme même dans les législations révisées⁷⁵. Il s'ajoute à cela que la lésion n'est pas toujours synonyme de déséquilibre des prestations, l'équilibre du contrat ne lui est pas nécessairement exclusif⁷⁶. Ainsi, se présente la lésion comme première constante visible d'une réception indifférente du déséquilibre contractuel.

B. Le rejet subsidiaire du déséquilibre circonstanciel : l'imprévision

Si le déséquilibre des prestations au moment de la conclusion du contrat bénéficie d'une certaine attention de la loi⁷⁷, il en est tout autre pour le déséquilibre des prestations survenu après la conclusion du contrat⁷⁸. *De jure*, il n'est pas loisible pour les parties que de constater une rigidité légale pour le déséquilibre contractuel causé par un changement imprévisible des circonstances. En droit sénégalais, la toute-puissance de la volonté abdique devant une pareille situation en imposant aux parties le respect scrupuleux de leurs engagements sous le sceau de la force obligatoire du contrat dont une analyse en prélude concluait sur ces vertus inhibitrices du déséquilibre.

M. Fontaine, J. GHESTIN, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, comparaisons franco belges, *op cit.*, p. 652.

⁷⁴ En toute hypothèse, les postulats doctrinaux varient sur la question. Pour Pothier, « *L'équité doit régner dans les conventions, d'où il suit que dans les contrats [...], la lésion que souffre l'un des contractants, quand même l'autre n'aurait recours à aucun artifice pour le tromper, est seule suffisante par elle-même pour rendre des contrats vicieux. Car l'équité en fait de commerce consistant dans l'égalité, dès que cette égalité est blessée et que l'un des contractants donne plus qu'il ne reçoit, le contrat est vicieux parce qu'il pèche contre l'équité qui y doit régner* » ; V. POTHIER, *Obligations*, n°33. Tandis que pour BERLIER qui, soucieux de préserver la stabilité des contrats, considérerait que « *le confesseur qui conseille la restitution de trop grands bénéfices fait fort bien ; mais le législateur qui fait respecter les contrats remplit un devoir bien plus essentiellement conservateur de l'ordre social* ».

⁷⁵ V. Art. 1168, 1112-1 al 2, 1137 al 3.

⁷⁶ « La rescision peut être prononcée en faveur du mineur, malgré l'égalité des prestations », CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 1, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple, 2004, PUF, spéc. n° 429.

⁷⁷ Il s'agit d'une attention accordée puisque la loi admet des hypothèses dans lesquelles la rescision du contrat pour cause de lésion soit possible.

⁷⁸ Pour ce déséquilibre des prestations postérieure à la conclusion du contrat la loi reste en effet catégorique et campe sur une position qui aujourd'hui a fait tache.

Dans l'étude qui nous intéresse, force est de constater qu'à l'opposé des solutions admises par les juridictions administratives sur la question⁷⁹, celles civiles, gardant un œil particulier sur les conventions de droit privé, ont une approche⁸⁰ toute différente de la question. Dans l'arrêt canal de Craponne⁸¹, la Cour de cassation, dans un arrêt d'ontologie, décidait que : « *Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ». Cette solution ne représente nulle autrement que la transcription littérale sous une formulation différente de la force obligatoire du contrat à l'article 97 du COCC⁸².

Pourtant, une telle position semble contraire à la conception qui vaudrait que le contrat reste un acte de prévision. Conclure un contrat, c'est tenter de remodeler le réel. Tel que le suggère cette logique contractuelle, l'essence du contrat, c'est de permettre aux parties d'apprécier le contre avantage à recevoir après exécution de ses propres prestations, de ne pas être déçu dans ses attentes légitime. Ainsi, ne pas admettre un mécanisme de révision du contrat déséquilibré par des circonstances, c'est en quelque sorte obliger les parties à être tenues de ce qu'elles n'avaient pas envisagé⁸³. Pour Ripert, il s'agissait d'un autre enjeu. D'après lui, l'imprévision « *ne se rattache pas à la technique juridique du droit des obligations, elle heurte la logique de cette technique* »⁸⁴. Par cette phrase, il sous-entendait l'abus de droit. Le créancier qui contraint son cocontractant à l'exécution d'un contrat déséquilibré abuse de son droit et s'enrichit injustement⁸⁵. Ceci, même si ce déséquilibre serait imputable aux circonstances.

⁷⁹ En effet, dans l'arrêt *Gaz de Bordeaux*, le Conseil d'État constatant qu'une hausse imprévisible du charbon avait bouleversé l'économie d'un contrat de concession, reconnaît au concessionnaire qui continue à exécuter le contrat un droit à une indemnité. V. CE. 30 mars 1916, D 1916, 325.

⁸⁰ Il faut remarquer que les principes sont différents en droit public et en droit privé. En matière de contrat administratif, ce qui domine, c'est la continuité du service public ; il faut avant tout que le service soit exécuté. Si, dans une espèce du genre de celle qu'a jugée le Conseil d'État, on n'accordait pas une révision du contrat, le débiteur ne pourrait plus exécuter et, on devrait s'attendre à un arrêt dans la fourniture du gaz, dans l'exécution du service public La révision du contrat vaut mieux que la cessation du service public.

⁸¹ Civ. 6 mars 1876, D 1876, 1, 193, note Giboulot ; S. 1876. 1. 161. – CAPITANT, TERRÉ, LEQUETTE et CHÉNEDÉ, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 13e éd., t. 2, 2015, Dalloz, n° 165, p. 172 s.

⁸² L'Art. 97 du COCC dispose que « Le contrat ne peut être révisé ou résilié que du consentement mutuel des parties ou pour les causes prévues par la loi. ».

⁸³ D'ailleurs, telle fut la position d'imminents théoriciens. THOMAS D'AQUIN, lorsqu'il théorise la force obligatoire du contrat, juge que « *la personne qui a promis peut cependant être excusée... si les conditions des personnes ou des transactions ont changé* » V. THOMAS D'AQUIN, Somme théologique *lia-liae* q. 110 Art. 3, ad.5.

⁸⁴ Voir, Ripert G., *La règle morale dans les obligations civiles*, op cit., n° 86.

⁸⁵ *Ibid.*, n°87, « Cet abus commence quand le déséquilibre des prestations est tel que le contractant ne pouvait normalement prévoir qu'il allait retirer de ce contrat un tel avantage ».

L'exclusion de la prise en compte de l'imprévision peut s'expliquer par des raisons d'ordre philosophique. Il est permis d'y voir l'expression du principe de l'autonomie de la volonté. Excessivement abstraite et largement utopique, la doctrine de l'autonomie de la volonté fait reposer la justice sur le contrat. Libres et égaux, les contractants se promettent fidélité et loyauté et sont seuls aptes à apprécier leur intérêt. Aussi, puisque l'égalité et la liberté sont censées présider à la création du lien contractuel, les contractants, réputés être les meilleurs juges de leurs intérêts et avoir conçu un contrat juste, doivent-ils logiquement assumer la responsabilité du déséquilibre contractuel éventuel. Dans cette perspective, « *la valeur de l'engagement libre devait l'emporter même sur le déséquilibre du contrat* »⁸⁶. Et, si le contrat est déséquilibré au détriment d'un contractant, « *tant pis pour lui. Il aura au moins eu la satisfaction d'être en partie l'artisan de son malheur, d'avoir déterminé lui-même ses engagements* »⁸⁷. Une autre explication peut résider dans l'impératif de la sécurité juridique. Si les juges s'étaient vu octroyer le pouvoir de remettre en cause les contrats au seul motif du défaut d'équivalence des prestations dû à un changement imprévisible des circonstances, tout contrat aurait, alors, été marqué du sceau de l'instabilité. Or, une telle fragilité du contrat se révélerait incompatible avec la fonction qui lui est assignée. Instrument privilégié de l'activité économique, le contrat doit, à peine de perdre toute vitalité et tout crédit, être paré des vertus de prévisibilité et de sécurité.

Si le COCC ne semble offrir à une partie aucune échappatoire à l'exécution de sa prestation suite à un déséquilibre survenu au moment de la formation ou en cours d'exécution du contrat⁸⁸, certains droits étrangers⁸⁹ ont évolué sur cet aspect même si le droit des contrats spéciaux prolonge cette logique de la théorie générale en droit sénégalais.

Section II : L'office tempéré du droit spécial à l'égard du déséquilibre contractuel

Le droit commun des contrats ne résume pas exhaustivement la réglementation applicable aux contrats. Même si, au sens de l'article 2 du COCC, la partie générale s'applique aux divers contrats, il n'est pas exclu que les contrats font l'objet d'une réglementation spécifique qui

⁸⁶ SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2e série, éd., 1950, Dalloz n° 12.

⁸⁷ Ibid.,

⁸⁸ Ceci, excepté le cas où les parties ont prévues des clauses contractuelles de renégociation.

⁸⁹ Au milieu du XX^{ème} siècles le droit espagnol a assoupli le principe d'intangibilité du contrat en reconnaissant le déséquilibre contractuel issu de l'imprévision par le biais de la jurisprudence, il en est de même pour le Code polonais au sein duquel l'imprévision est prise en charge.

peut aller au-delà de cette théorie générale⁹⁰. De cette évidence, on constate que le droit des contrats spéciaux présente un office tempéré contre le déséquilibre contractuel. On perçoit une faible prise en compte de la stabilité dans les contrats spéciaux (Paragraphe 2) précédé d'une inexistante suppléance du droit commun (Paragraphe 1).

Paragraphe 1 : L'inexistante suppléance du droit commun

Le droit des contrats spéciaux ne manifeste quasiment aucun dépassement sur le droit commun. Dans la logique des choses, il est courant de voir que la théorie générale est suppléée, voire dépassée par le droit spécial. L'inaboutissement ou les tares du COCC en rapport avec une réception indifférente du déséquilibre contractuel ne se trouvent pas couverts par la législation spéciale. Les principaux axes autour desquels s'expriment la réception indifférente sont accentuées. En sus d'une survivance de la présomption d'équilibre contractuel (A), le droit des contrats spéciaux manifeste un faible intérêt quant à la stabilité des contrats (B).

A. La présomption d'équilibre contractuel dans les contrats spéciaux

La présomption d'équilibre contractuel transcende le droit commun. Il s'agit d'une présomption découlant de l'articulation des différentes composantes de la théorie de l'autonomie de la volonté. Celle-ci laissait entrevoir l'existence d'un principe de commutativité dans les prestations réciproques⁹¹, présomption se retrouvant dans les contrats spéciaux.

Indéniable est le fait que les parties au contrat peuvent ne pas rivaliser en termes de prérogatives dans un rapport contractuel. On parle très fréquemment de contractant fort et de contractant faible, avec un jeu en rapport de force initialement déséquilibré. Dès lors, cette fameuse présomption d'équilibre contractuel ne sied plus. Tout compte fait, le droit spécial avec une certaine insensibilité ignore cette situation en n'allant pas dans le sens d'une protection affirmée du contractant faible, mais simplement d'une protection résiduelle. À cela, on peut considérer qu'il existe pléthores de mécanismes par lesquels le droit spécial peut parfaitement saisir la balle au rebond pour ne plus se limiter à cette présomption et encadrer

⁹⁰ « *Le droit spécial nourrit plus que jamais le droit général des contrats (la théorie générale). Il enrichit (plus qu'il ne détruit) la théorie générale par de nombreux apports originaux, qui l'infléchissent ou le modifient de façon, selon les cas, insensible, insidieuse ou éclatante* », Ph. LE TOURNEAU, « *Quelques aspects de l'évolution des contrats* », In Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 349 et s, n°4, p. 351.

⁹¹ La paternité de ce principe remonte jusqu'à ARISTOTE, V. ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Livre V ; S. GOYARD-FAVRE et R. SEVE, *Les grandes questions de la philosophie du droit*, PUF, 1986.

par de plus rigoureux principes les relations contractuelles, surtout celles par essence déséquilibrées. Le premier élément de dépassement par lequel le droit spécial neutraliserait cette présomption d'équilibre contractuelle pourrait sans doute passer par une généralisation de certaines obligations. L'institution de la bonne foi et de la loyauté comme des obligations ou normes de comportementales tout au long de l'exécution du contrat, permettrait par la plus légitime et légale des manières que ce soit, de neutraliser les prérogatives unilatérales du contractant fort.

Ainsi, on ne peut que souscrire à l'avis du Pr. I. Y. NDIAYE pour qui, « *l'opportunité pour le législateur serait de partir de ce souci pour encadrer de façon cohérente tout le processus contractuel absent du COCC sous le sceau du principe de loyauté dans ses différentes variantes : obligation de renseignement qui n'exclut ni le devoir de se renseigner, ni l'obligation de confidentialité, devoir d'assistance, de conseil, de mise en garde ; il faudrait alors utiliser cette boîte à outils par gradation, en tant que de besoin, chaque fois que la qualité des contractants, ou la nature du contrat en fait une nécessité. C'est sous ce couvert que je milite en faveur d'un principe de loyauté transcendantal qui pourrait ainsi répondre, un tant soit peu, à l'appel du solidarisme contractuel*⁹², à l'indéniable mérite de nous faire souvenir que le contrat est aussi un partenariat, une coopération, une collaboration, voire une association de deux volontés orientées vers une fin. La loyauté dans la négociation, dans la conclusion et dans l'exécution devrait ainsi, à mon sens, marquer l'esprit du contrat, son identité. La protection renforcée de cette volonté est aussi devenue une exigence contemporaine »⁹³. Ainsi, hormis de rares hypothèses où on retrouve par exemple la bonne foi consacrée⁹⁴, le droit des contrats spéciaux reste dans la même lignée que le droit commun accordant confiance à la liberté contractuelle pour un encadrement juste des relations contractuelles.

De plus, il est coutume de constater que le déséquilibre contractuel est trop souvent inhérent à une situation matérielle dans la conclusion du contrat. Comme l'affirmait un auteur, « *Le droit de l'État moderne a entendu éliminer tout rapport impliquant une dépendance entre deux personnes privées, mais la vie sociale, plus impérieuse et plus forte que le droit étatique, s'est vengée en édifiant, parallèlement et en opposition avec lui, une série d'ordres partiels au sein desquels ces rapports, nécessaires, peuvent s'établir dans des conditions plus*

⁹² CH. JAMIN, *plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in Mélanges J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 441.

⁹³ I.Y. NDIAYE « *leçon inaugurale : le COCC 50 ans après (regard furtif)* », *op cit.*, p. 32.

⁹⁴ En matière commerciale, L'AUDCG en son article 237 prévoit en effet une obligation de bonne foi *interpartes*.

convenables »⁹⁵. Sauf qu'au lieu de s'établir convenablement, ces rapports ont tendance à emprunter une direction beaucoup plus inéquitable. Les puissants acteurs contractuels redoublent d'efforts pour maintenir les contractants faibles dans leur situation de faiblesse, ce qui se traduit sans cesse par l'invention de nouveaux moyens de domination trop souvent insaisissable par le droit. L'hypothèse de la dépendance économique en est édifiante. Un contractant conclut un contrat que par ce qu'au vu de sa situation, aucune autre option ne s'offre à lui. À ce niveau, parlera-t-on vraiment d'un vice de violence ? Assurément, pas dans sa conception telle que nous la connaissons⁹⁶. Étant un élément qui caractérise la violence économique, qui elle reste plus ou moins conçue par le truchement des dispositions comme une violence, l'appréhension de l'abus de dépendance pose fondamentalement problème. L'état de dépendance et son abus signifient le fait pour son auteur de s'octroyer le droit d'obtenir de la victime un engagement qu'elle n'aurait pas accepté en d'autres circonstances⁹⁷. Cela devient possible car il y a un lien d'asservissement économique qui s'est installé⁹⁸. Dans un contexte où pourtant les contrats de dépendances⁹⁹ ou de situations¹⁰⁰ envahissent le décor des contrats spéciaux, il s'avère primordial pour la législation des contrats spéciaux de s'adapter à cette nouvelle réalité non des moindres. Tout contrat étant spécifique par nature est encadré par le droit d'une manière spécifique. Cela fait que le droit des contrats spéciaux se place au premier rang et doit être outillé d'instruments correcteurs du déséquilibre au même titre que le droit commun.

Aujourd'hui, une impérieuse nécessité se présente pour le droit des contrats spéciaux de tenir compte de la différence de puissance économique entre contractants, source de déséquilibre contractuel et de domination entre partenaires contractuels.

⁹⁵ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975.

⁹⁶ Article 64 du COCC : « La violence est cause de nullité lorsqu'elle inspire à un contractant une crainte telle que cette personne donne malgré elle son consentement ».

⁹⁷ Article 1143 du nouveau Code civil français dispose que : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif. ».

⁹⁸ Du latin « *dependere* », être suspendu à, être sous l'autorité de quelqu'un

⁹⁹ Virassamy définit les contrats de dépendance comme ceux « *régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des contractants, l'assujetti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie de sa relation régulière, privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination* ». Par cette définition, on remarque de loin la situation précaire dans laquelle se trouve le contractant assujetti ; V. G. Virassamy, *Les contrats de dépendance essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, 1986, n°2, p. 10.

¹⁰⁰ M. Cabrillac, *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in *Mélanges G. Marty*, p.238 et s.

B. La stabilité du contrat, préoccupation subsidiaire du droit spécial

La survivance de la présomption d'équilibre contractuel rime avec une prise en compte faible de la stabilité des contrats. La stabilité du contrat est l'un des facteurs essentiels pour l'existence d'un équilibre contractuel concret. En effet, tant qu'il existe des bornes qui encadrent la relation contractuelle, la survenance d'un déséquilibre contractuel ne devient alors qu'une hypothèse. Alors que dans la mesure du possible, avec l'évolution des relations contractuelles, l'absence de ces bornes pour assurer une stabilité au contrat signifie systématiquement une exposition à un déséquilibre contractuel.

La stabilité du contrat passe par un encadrement rigoureux, de la formation, de l'exécution et de la cessation de la relation contractuelle. Dans le cadre de la formation du contrat, un élément attire notre attention. Il ne s'agit autrement que de la survivance du consensualisme. Héritier de cette conception volontariste, le consensualisme est une matérialisation dans la forme de l'autonomie de la volonté au côté de la liberté contractuelle matérialisant le fond. Le consensualisme permet, grâce à une bonne mise en œuvre de la technique juridique, d'assurer une protection de la relation contractuelle¹⁰¹. Contrairement à ce qu'on pourrait penser, le formalisme ne confère pas au contrat une réelle stabilité. C'est dans ce sens que des vertus lui ont été reconnues notamment, de participer à la protection de la partie faible au contrat¹⁰². On constate que dans plusieurs contrats spéciaux, le législateur tend à admettre la survivance d'un contrat écrit ou verbal en laissant aux parties le soin de déterminer la forme qui leur sied, sauf situation expresse¹⁰³. Quand bien même se pose avec insistance la question de la protection de la partie faible au contrat, le législateur sénégalais admet que le contrat de bail à usage d'habitation¹⁰⁴ peut être verbal. Au regard de la nature de cette convention souvent considérée comme un contrat d'adhésion, une meilleure prise en charge des intérêts du preneur aurait voulu l'institution d'un formalisme beaucoup plus protecteur.

D'un autre point de vue, si on retient l'hypothèse du bail à usage professionnel, l'institution d'un droit attribué au preneur peut nous pousser à nous interroger sur le regard que le législateur communautaire porte sur la stabilité de ce type de convention. Au sens de l'article

¹⁰¹ F. GENY, « *Science et technique en droit privé positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique* », t. III, n° 206, p. 121.

¹⁰² V. en ce sens H. JACQUEMIN, *Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel*, Thèse Université Notre-Dame de la Paix, Namur, 2009.

¹⁰³ En matière de transactions immobilières, les articles 383 et s du COCC imposent un formalisme inhérent à cette opération contractuelle.

¹⁰⁴ Il en demeure de même pour le bail à usage professionnel, car l'article 103 de L'AUDCG dispose qu'il est question de toute convention écrite ou non.

113 de l'AUDCG, le preneur peut affecter au lieu une activité qui n'est pas celle expressément prévue dans le contrat de bail. Connu sous le nom de la désécialisation partielle, il s'agit d'une faculté pour le locataire d'adjoindre à l'activité prévue au bail des activités connexe ou complémentaire. Bien que ne pouvant pas être considérée comme un changement d'activité, la jonction d'activité connexe ou complémentaire par le fait du preneur est une sorte d'instabilité contractuelle. En vrai, si le preneur est tenu d'aviser le bailleur, il n'est pas obligé d'obtenir une autorisation de ce dernier, nonobstant le fait que le bailleur peut parfaitement s'y opposer pour des motifs graves¹⁰⁵. En effet, un bailleur peut donner en bail son studio qui ouvre droit à une ruelle pour une vente de café et ne pas par là même être tout à fait d'accord pour la vente de quelques sucreries alors que dans une certaine conception, les deux activités peuvent être considérées comme étant connexes. Par ce, la désécialisation apparaît à notre niveau comme facteur particulier d'instabilité contractuel.

En sus de cela, le bail à usage professionnel laisse entrevoir une autre constante de cette prise en compte relative de la stabilité contractuelle. Quand le preneur fait l'objet d'une procédure collective, le bailleur perd ses droits qu'il tient du droit commun. En effet, la logique qui vaudrait que l'une des parties puisse exercer son droit de rupture en cas d'inexécution des obligations de l'autre partie cède à l'obligation pour le créancier de continuer le contrat¹⁰⁶. En pareille circonstances, ce contrat est confié entre les mains d'un syndic. Ainsi, la stabilité de ce contrat s'amointrie du fait qu'un mécanisme de justice privé se trouve annihiler.

Par ailleurs, on ne peut occulter la pauvreté textuelle dans l'organisation de la période précontractuelle. En effet, celle-ci joue un rôle essentiel dans la stabilité du contrat. En effet, pour que les prévisions contractuelles des parties ne soient pas faussées, il importe pour ces derniers d'envisager avec la plus grande attention l'opération contractuelle dans son ensemble. L'encadrement de cette phase précontractuelle s'apparente en réalité comme l'endroit pour créer une réaction en chaîne ou un effet domino. Il est possible d'envisager le fait que si une partie au contrat est tenue dès la phase précontractuelle au respect de la bonne foi ou d'une norme comportementale quelconque, cette même partie agira comme tel dans l'exécution du contrat. Dans notre droit positif des contrats spéciaux, l'institution par contre de ces obligations reste à désirer et même dans les cas le législateur semble y accorder attention, il ne va pas jusqu'au bout de sa logique. Pour preuve, il peut résulter des situations dans lesquelles la loi prévoit des obligations pour le contractant en situation dominante et

¹⁰⁵ Art. 113 de L'AUDCG.

¹⁰⁶ Art. 97 de L'AUPCAP.

n'attache pas de sanctions corrélatives au manquement à ces obligations. Quand il est disposé à l'article 06 du Code CIMA¹⁰⁷ que « l'assureur est tenu », techniquement, le législateur fait usage de la formule la plus contraignante pour indiquer ce à quoi le sujet est soumis. Cependant, la même disposition et celles postérieures ne renseignent point sur la sanction qui sied d'appliquer en cas de manquement à cette obligation. Cela explique le fait notamment que les contrats souffrent d'un déséquilibre informationnel. L'appréhension exacte de la stabilité contractuelle doit passer par l'institution de telles obligations pour sauvegarder l'équilibre informationnel pour assurer la stabilité du contrat. Dans la même foulée, la consécration par l'article 281 de l'AUDCG de la possibilité de résolution unilatérale du contrat au profit du créancier témoigne de cette non-prise en compte de la question relative à la stabilité des contrats quoique, la résiliation se réalise au risque et périls du créancier.

Cette quête de stabilité importante fait face néanmoins à beaucoup d'obstacles. La jurisprudence française est plus édifiante, les juges français ne rechignent à éjecter un mécanisme de contrôle destiné à assurer l'équilibre ou la stabilité des contrats. Dans une affaire, les clauses de résiliation anticipée du contrat manquaient de réciprocité. Alors que la société France brevets était en droit de résilier le contrat à tout moment sans aucune indemnité à verser à son cocontractant, la société *Mobilead* ne pouvait résilier le contrat que moyennant une indemnité assez importante. Aussi, lorsque la société France brevets finit par user de sa faculté de résiliation, la société *Mobilead* protesta en remettant en cause la validité même de cette clause au regard de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce applicable aux faits de l'espèce (devenu l'article L. 442-1, I, 2e du même code). Mais ni les juges du fond ni la Cour de cassation ne retiennent cette analyse¹⁰⁸. Aujourd'hui, il est clair que le droit des contrats spéciaux doit s'adapter afin de mieux saisir la question du déséquilibre contractuel pour une meilleure stabilité du contrat.

Paragraphe 2 : L'existence de pratiques édicatrices du déséquilibre contractuel

Certaines pratiques innervent le droit des contrats spéciaux. Elles constituent des pratiques n'ayant pas leur siège de légitimation dans le droit commun, mais dont le résultat dans les contrats spéciaux peut s'expliquer par la physionomie même du droit commun. L'unilatéralisme contractuel (A) est au rang de ces pratiques édicatrices, ce qui fait que, sans

¹⁰⁷ « L'assureur est tenu avant la conclusion du contrat de fournir une fiche d'information sur le prix, les garanties et les exclusions. » Article 06 du Code CIMA. Législation disponible sur : droit-afrique.com/uploads/CIMA-Code-assurances.pdf, site consulté le 09/03/2023.

¹⁰⁸ Hugo Barbier, « *L'équilibre du contrat à la lumière de l'innovation qu'il permet* », (Com. 31 mars 2021, n° 19-16. 214, inédit), *RTD civ.*, 2021, p. 403.

dépassement du droit commun, le rôle du juge en présence d'une situation de déséquilibre contractuel reste inchangé face à une autre pratique qu'est le rayonnement de l'adhésion (B).

A. La poussée de l'unilatéralisme contractuel

Résultat de la réception indifférente du déséquilibre contractuel¹⁰⁹ par le droit commun, le droit des contrats spéciaux est le siège de pratiques édicatrices. Une pratique édicatrice en soi de la réception indifférente : l'unilatéralisme contractuel dans les contrats spéciaux. Si la liberté contractuelle commande que le contrat soit un accord de volontés, elle peut aussi lui faire emprunter une autre dimension. La volonté ne serait en rien garante de l'équilibre contractuel¹¹⁰ et en réalité, fonction des parties au contrat, du type de convention en question, un contrat peut être par nature déséquilibré¹¹¹ et c'est l'essence des contrats déséquilibrés structurellement.

La preuve de l'office tempérée du droit spécial vis-à-vis du déséquilibre contractuel s'exprime dans une première donnée matérielle qu'est l'unilatéralisme contractuel dans les contrats spéciaux. Un constat sur l'évolution du droit des contrats permet d'en conclure que le pouvoir de la volonté unilatérale se développe progressivement avec la naissance d'un nouvel ordre contractuel qui s'exprime par l'émergence et la confirmation de nouveaux pouvoirs¹¹². L'unilatéralisme est le pouvoir de la volonté d'une seule partie à créer des effets de droit. En droit des contrats, l'unilatéralisme est « *l'expression de la volonté individuelle en vue de créer une obligation contractuelle, ou de détruire le lien contractuel, ou encore de définir le contenu du contrat* »¹¹³.

La recherche de l'efficacité économique a toujours jalonné l'évolution des relations contractuelles. Sur ce, des méthodes ont émergé ayant trait à la facilitation de la conclusion et de la disparition de contrats¹¹⁴. Parmi ces méthodes, l'unilatéralisme reste sans doute celle qui se dégageait comme la plus extrême, car elle permettait à un contractant de faire en sorte que le contrat et ses obligations ne tiennent qu'à sa seule volonté. Le contrat n'est plus alors un

¹⁰⁹ Comme précisé plus haut, une réception justifiée théoriquement par la liberté contractuelle ainsi que la force obligatoire des contrats.

¹¹⁰ J.-F. SPITZ, « *Qui dit contractuel dit juste : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée* », *RTD civ.*, 2007, p. 281 et s.

¹¹¹ T. DIATTA, *La protection de la personne du consommateur en droit sénégalais*, Thèse UCAD, 2017, pp. 1 et s.

¹¹² D. MAZEAUD, « *Le nouvel ordre contractuel* », *RDC*, 01 décembre 2003, n° 1, p. 295.

¹¹³ S. BROS, « *La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ?* », *RDC*, 01 octobre 2012, n° 4, p. 1452.

¹¹⁴ G. LOISEAU, « *La puissance du contractant de droit commun des contrats* », *AJCA*, n° 12, 16 décembre 2015, p. 496.

accord de volonté, mais plutôt une démarche pour faire rencontrer des intérêts économiques unilatéralement¹¹⁵ exprimés.

Pour localiser la manifestation de cet unilatéralisme contractuel, on peut aisément se fier à certains types de contrats tels les contrats d'adhésion. Ce dernier représente la figure emblématique de l'unilatéralisme, lequel ne constitue pas une exception dans le droit des contrats¹¹⁶. Il ne semble donc pas impossible, en se basant sur des illustrations récentes de détermination unilatérale du contrat, de projeter une reconnaissance de la détermination unilatérale du contrat d'adhésion par le stipulant¹¹⁷. En droit sénégalais, que ce soit le contrat de travail, le contrat d'assurance ou autres, tous sans exception sont empruntés d'un unilatéralisme contractuel. Bon nombre de clauses ou de stipulations contenues dans le contrat d'assurance ou de travail sont le fruit de la volonté unilatérale de l'assureur ou de l'employeur. Dans la vente commerciale, comme il le sera exposé, l'unilatéralisme est poignant.

L'unilatéralisme contractuel est un vecteur de déséquilibre contractuel dans la mesure où le contrat est par nature le résultat d'un consensus. Or, admettre l'unilatéralisme, c'est implicitement reconnaître au contractant fort le pouvoir d'avoir la main mise sur le contrat. Le cas des clauses abusives dans un contrat en est édifiant. En effet, dans les contrats de consommation, ce schéma classique de la liberté contractuelle s'est altéré d'une façon spectaculaire au point que, bien souvent, la loi est intervenue sous la coupole de l'ordre public afin de protéger le consommateur. Les contrats de consommation sont les plus envahis par des pratiques unilatérales de sorte que le consommateur soit toujours en situation de faiblesse. Le contenu obligationnel du contrat est pour la quasi-totalité exclue de la négociabilité. Ainsi, la clause abusive par laquelle une partie entend soumettre l'autre des obligations qui lui portent préjudice, n'est autre que le résultat d'un unilatéralisme contractuel à foison.

Si autrefois le contrat était envisagé comme un choc de volontés ou chaque partie essayait d'assurer la défense de ses propres intérêts, aujourd'hui, la poussée de l'unilatéralisme témoigne d'une situation encore plus extrême. Fort heureusement, qu'à chaque fois de besoin, la loi intervient de manière impériale pour faire cesser toute dictature dans une relation

¹¹⁵ S. BROS, *op. cit.*, p. 1452.

¹¹⁶ S. BROS, *op. cit.*, p. 1452.

¹¹⁷ M. RAYSSAC, *L'adhésion en droit privé*, Thèse Université Montesquieu- Bordeaux IV, 2004, n° 346, p. 253.

contractuelle. Tel est le cas quand le législateur intervient en matière de droit de la consommation¹¹⁸ pour rétablir l'équilibre rompu.

B. La rayonnement de l'adhésion face à l'office démuné du juge

Le juge a toujours veillé à l'exécution de la règle de droit en général et des obligations contractuelles en particulier. En effet, la tâche lui incombait de régler le contentieux entre acteurs de la vie courante. Ainsi se traduisait le prolongement de sa tâche principale en matière contractuelle, sous réserve d'un élément important. Le domaine contractuel fut toujours considéré comme le terrain d'élection de la volonté humaine. De ce fait, c'était plus la volonté qui aurait vocation à produire sa propre loi, le juge ne se limitant qu'à veiller au respect des engagements¹¹⁹. Catherine Thiberge-Guelfucci le systématisait en affirmant « *une fois conclu, le contrat apparaît comme une création statique s'imposant aux parties, à la volonté desquelles il échappe désormais, s'imposant au juge, en principe impuissant à le modifier, et au législateur dont la loi nouvelle ne peut produire sur lui aucun effet.* »¹²⁰.

Traditionnellement, le juge en présence d'un déséquilibre contractuel dispose de certains leviers de contrôle pour identifier et traiter ledit déséquilibre. Il ne sera point question d'un contrôle subjectif du fait que ce que les parties envisagent comme équilibré reste sous l'emprise de l'autonomie de la volonté et impossible d'accès au juge¹²¹. Il serait plutôt question de l'équilibre objectif du contrat, celui par lequel le juge pourra apprécier la proportionnalité des prestations. Le contrôle du juge se définit comme la vérification, l'examen de quelque chose afin de voir si les conditions demandées sont remplies. Le juge pouvait tout d'abord appréhender le déséquilibre contractuel en se situant sur le terrain du dol et de la violence. Dès lors que le déséquilibre était le produit de l'un de ces vices de consentement, le contrat encourait la nullité. Le juge pouvait encore sanctionner le déséquilibre du rapport d'obligation s'il constatait que l'engagement pris par un contractant

¹¹⁸ La loi n° 2021-25 du 12 avril 2021 relative aux prix et à la protection du consommateur qui fut adoptée afin de renforcer la protection du consommateur sous toutes ses formes. Loi disponible sur : [Loi sur les prix et la protection du consommateur – MCCPME \(commerce.gouv.sn\)](https://www.commerce.gouv.sn), site consulté le 25/03/2023.

¹¹⁹ Cela rejoint bien la définition que M. GHESTIN a du contrat, le contrat comme « *un accord de volontés en vue de produire des effets de droit et auquel le droit objectif fait produire de tels effets* », in *La notion de contrat*, Revue Droits n° 12, 1990, p. 7 et s., et not. p. 24, « *l'accord de volontés ne produisant des effets de droit que parce que le droit objectif lui reconnaît un tel pouvoir et dans les limites définies par celui-ci* ».

¹²⁰ C. THIBERGE, « *libres propos sur les transformations du droit des contrats* », *RTD civ*, 1997, p. 357 et s.

¹²¹ REVET, *la détermination unilatérale de l'objet dans le contrat*, in *l'unilatéralisme et le droit des obligations*, ouvrage collectif sous la direction de Ch. JAMIN et de D. MAZEAUD, *Economica*, 1999, p. 31 s. ; spéc. p. 41-42, n°14 et 15.

n'était assorti d'aucune contrepartie ou que cette contrepartie était dérisoire ou illusoire. Le juge pouvait en actionner le levier de la lésion dans les cas où la loi prévoyait expressément qu'elle constituait une cause de nullité de l'acte qui lui était soumis.

Les contrats spéciaux sont aujourd'hui empruntés par un nouveau paradigme, celui d'une disproportion des pouvoirs entre contractantes. Ainsi, la discussion cède le pas à l'adhésion qui prend de plus en plus de place. Certains contrats sont aujourd'hui qualifiés de contrats d'adhésion quant bien même la notion de contrat d'adhésion reste forte imprécise. Il s'agit de contrats offrant un terrain fertile à l'abus de puissance économique. Il est question d'une situation où, par le truchement des dispositions légales du droit commun en matière contractuelle, les parties vont conclure un contrat qui n'est pas conforme au sceau de la commutativité¹²². De nouveaux vices ont pénétré la sphère contractuelle, de sorte que leurs appréhensions restent difficiles pour le juge. Ainsi sévit la notion de violence économique. Il y a violence économique lorsqu'un déséquilibre dans les droits et obligations des parties à un contrat est la résultante de l'exploitation par l'une d'elles de l'état de faiblesse de l'autre, au moment de la formation de la convention¹²³. Les juges ne peuvent saisir le déséquilibre contractuel qu'instaure la contrainte économique, qui a pour soubassement l'abus d'une situation de dépendance économique, qu'en la rattachant de manière subtile au vice de la violence. Par ce, le juge qui est tenu au respect de la légalité doit soit rejeter sur un tel fondement l'action en nullité ou faire un truchement des dispositions¹²⁴ pour pouvoir aboutir à la sanction. En effet, si l'un des contractants peut imposer sa volonté, et que l'autre est obligé par la nécessité d'adhérer sans discuter, le contrat n'est que la loi du plus fort. Si les entrepreneurs capitalistes imposent leurs conditions à leurs clientèles et à leurs personnels, ils faussent la notion de contrat¹²⁵.

En sus de cela, le déséquilibre initial ou informationnel n'est possible d'être appréhendé que par la sanction de la nullité. Toutefois, la nullité reste une sanction complexe qui dans certains cas de figure peut bénéficier à la partie qui ne le mérite pas en raison de sa particulière mauvaise foi ou de son intention frauduleuse¹²⁶. Comparé à son homologue, le juge sénégalais est fortement limité dans l'évolution du droit des contrats. Le juge français a quant à lui

¹²² La commutativité est principe de justice selon lequel, dans un contrat les prestations entre parties doivent être équilibrées, ou gardées une certaine équivalence réciproque.

¹²³ Yacouba-Sylla Koïta, *Revue internationale de droit économique* 2020/3 (t. XXXIV), Éditions Association internationale de droit économique, p. 297 à 318.

¹²⁴ Par ce truchement, le juge tente au mieux de servir un intérêt supérieur qu'est la justice contractuelle.

¹²⁵ G. RIPERT, *Aspect juridique du capitalisme moderne*, LGDJ, Coll. Reprint, Paris, éd. 2^{ème}, 1951, p. 40.

¹²⁶ Philippe Jestaz, « *La sanction ou l'inconnu du droit* », *Dalloz*. 1986, chronique, p. 202.

déployé d'importants efforts pour maintenir un équilibre minimum dans les contrats consacrant la révision des honoraires excessifs au regard du service rendu¹²⁷, obligeant les parties à renégocier le contrat devenu déséquilibré au cours de son exécution¹²⁸ ou sanctionnant l'exercice abusif d'un pouvoir unilatéral comme celui de fixer le prix des marchandises achetées en exécution d'un accord-cadre de distribution commerciale¹²⁹.

Chapitre II : Quelques manifestations de la réception indifférente

Si le droit sénégalais réceptionne avec une indifférence apparente le déséquilibre contractuel, il en résulte que ce phénomène va se refléter de manière concrète dans les contrats spéciaux. L'inégalité entre partenaires, l'analyse de la valeur des prestations, la nécessaire protection d'une catégorie contractuelle, autant d'indices matérialisant concrètement l'existence du déséquilibre contractuel. Tandis que sous le prisme des prestations, c'est un déséquilibre en valeur (Section I) qui attire l'attention, sous celui des rapports contractuels, c'est le déséquilibre en pouvoirs (Section II) qui irrigue les contrats de droit privé.

Section I : Le déséquilibre en valeur des contrats

Le déséquilibre en valeur renvoie à une perception de l'équilibre contractuel vu sous l'angle des prestations. Mettant en jeu des intérêts de part et d'autre, le contrat à une valeur patrimoniale. Cette valeur patrimoniale fait que si les parties s'assurent de recevoir une contreprestation à la hauteur de là leurs, elles ont tendance, dans la pratique, à recevoir des prestations non proportionnelles. Ainsi, nonobstant son appréhension difficile (Paragraphe 2), le déséquilibre en valeur rejailli clairement dans les contrats (Paragraphe 1).

Paragraphe 1 : Le rejaillissement du déséquilibre en valeur dans les contrats

Le déséquilibre en valeur se démontre par une discordance entre la valeur des prestations. L'une des parties au contrat donne plus que ce qu'elle reçoit ou reçoit moins que ce qu'elle donne. La nature juridique de certains contrats fait qu'à l'analyse du droit positif, on peut facilement arriver à la conclusion selon laquelle des contrats sont légalement déséquilibrés (A). Cependant, si ce déséquilibre légalement prévu relève de la partie visible de l'iceberg, il n'en demeure pas moins qu'une autre facette du déséquilibre peut se manifester et il s'agira d'un déséquilibre en valeur non prévu, mais envisageable dans les relations contractuelles (B).

¹²⁷ Cass. 1re civ., 3 mars 1998, n° 95-15799, *Credimo*, *Bull. civ. I*, n° 85.

¹²⁸ Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18547, *Huard*, *Bull. civ. IV*, n° 388, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile », t. 2, 13ème éd., *Dalloz* 2015, n° 157 ; Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18357, *Bull. civ. IV*, n° 277.

¹²⁹ Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, n° 91-15778, 93-13688, 91-15999, 91-19653, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile », t. 2, 13ème éd., *Dalloz* 2015, n° 152 à 155.

A. Le déséquilibre en valeur légalement admis

Tous les contrats n'ont pas la même nature juridique et c'est pourquoi le COCC au chapitre des articles 40 *in fine* fait une nette distinction entre ces derniers. La classification des contrats a toujours suscité des intérêts non négligeables au sein de la doctrine contractuelle. Tous les contrats ne sont pas commutatifs, ce qui fait que le déséquilibre des prestations reste logique dans certains contrats. Dans le cadre de cette étude, faire une énumération des types de contrats en fonction de leurs natures juridiques ne sera point l'option choisie. Nous nous intéresserons plus au contrat déséquilibré en valeurs. À ce titre, s'il existe des contrats déséquilibrés en valeurs de par leurs natures juridiques, ce sont indéniablement les contrats à titre gratuit, les contrats aléatoires et à certains égards le contrat unilatéral¹³⁰.

Le contrat à titre gratuit est un contrat déséquilibré en valeur. L'article 44 du COCC dispose que « le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit un avantage. Il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans rien recevoir en échange ». Ce type de contrat laisse entendre que l'une des parties au contrat procure à l'autre un avantage sans rien recevoir en contrepartie. Cette absence de contrepartie dégage un sentiment engendrant nécessairement un déséquilibre dans les prestations. Cependant s'il y'a déséquilibre en valeur, ce dernier est volontaire et inhérent au contrat. Dès lors, le droit positif estime que ce contrat à titre gratuit ne peut être qu'équilibré du fait qu'il s'agit d'une libéralité. Le contrat à titre gratuit se définit comme un contrat à but désintéressé, de contrats de bienfaisance. Le contrat à titre gratuit a pour type la donation qui est un véritable contrat. Pour qu'il y ait donation, il faut un accord de volontés entre donateur et donataire. C'est un contrat à titre gratuit qui comporte un appauvrissement de la part de l'une des parties et corrélativement un enrichissement au profit de l'autre ; un transfert de valeur d'un patrimoine dans un autre.

Ainsi, le contrat à titre gratuit demeure légalement un contrat déséquilibré du fait qu'en termes de prestations, les parties ne reçoivent pas le même avantage. Cependant, résultant que c'est la loi qui le règlemente comme tel, le contrat à titre gratuit garde cette spécificité et c'est pourquoi ce déséquilibre ne peut être qu'admis, d'autant plus qu'une lecture de l'article 45 du COCC suggère que ce soit le contrat à titre onéreux qui est commutatif et non celui à titre gratuit. C'est justement pour cette raison que dans ce type de contrat, un contractant ne peut se prévaloir des avantages dont dispose un contractant dans le cadre d'un contrat à titre

¹³⁰ En effet, nous partirons ici du postulat des contrats dépourvu de toute commutativité ou dont celle-ci est éventuelle.

onéreux comme la vente par exemple. L'idée c'est que celui qui reçoit un avantage sans contrepartie ou un service non rémunéré, ne peut pas se montrer aussi exigeant que s'il avait payé cet avantage ou ce service. Dans une vente, le vendeur doit garantir l'acheteur. Si vous supposez que la chose vendue est atteinte de certains vices, de certaines défauts, l'acheteur a le droit de se retourner contre le vendeur. C'est ce que l'on appelle la garantie due par le vendeur à l'acheteur. Dans la donation, au contraire, si vous supposez que l'objet donné est atteint de certains vices et de certains défauts, le donataire n'a pas le droit d'exiger une garantie de la part du donateur¹³¹.

Ensuite, on peut évoquer les contrats aléatoires qui présentent une particularité. L'article 45 du COCC dispose que « le contrat est aléatoire lorsqu'il crée pour chacune des parties une chance de gain ou de perte résultant d'un événement incertain ». Si le déséquilibre contractuel est vu sous l'angle d'une parfaite proportionnalité des prestations entre parties au contrat, on ne pourra qu'admettre du fait de l'aléa, caractéristique principale des contrats aléatoires, un défaut d'équivalence figé des prestations. Les contrats à titre onéreux sont parfois aléatoires. Ils sont aléatoires lorsque la prestation à laquelle l'une des parties est obligée, dépend, dans son existence ou son étendue, d'un événement incertain, d'un hasard. Est un contrat aléatoire, le contrat d'assurance réglementé par le Code CIMA. Si du moins, vous envisagez un contrat d'assurance isolé¹³², il apparaît que ce contrat dépend du hasard. Il est possible que l'assureur gagne dans le contrat d'assurance, s'il encaisse pendant de nombreuses années les primes sans survenance de sinistre. Il peut arriver aussi que l'assuré gagne si le sinistre se produit juste après la conclusion du contrat.

Enfin, le contrat unilatéral reste un contrat avec comme spécificité de n'engendrer des obligations que pour l'une des parties au contrat. Il est donc forcément un contrat déséquilibré par nature. Au sens de l'article 43 du COCC, le contrat est unilatéral « lorsqu'il engendre des obligations à la charge d'une seule partie ». Plusieurs personnes sont obligées envers l'une ou plusieurs autres, sans que, de la part de ces dernières, il existe un engagement. Ainsi, comme

¹³¹ Cela traduit la maxime "*à cheval donné, on ne regarde par la bouche*" ; ou, "*à voiture prêtée, on ne soulève pas le capot*".

¹³² Le Doyen CARBONNIER avançait le fait que le contrat d'assurance peut dans une certaine mesure on peut refuser le caractère aléatoire au contrat d'assurance pour les deux parties au contrat. En effet, « *en la personne de la Compagnie d'assurance il n'y a pas d'aléa. Si vous envisagez non pas un contrat isolé, mais l'ensemble des contrats passés par la Compagnie d'assurance, sur cet ensemble, elle ne perd pas, il n'y a pas pour elle d'aléa. À l'inverse, du côté de l'assuré, on ne peut que dire que le contrat d'assurance est envisagé à l'heure actuelle comme un contrat proprement aléatoire. C'est au contraire un contrat de sécurité* ». V. J. CARBONNIER, cours de droit civil, 2ème année de Capacité année 1956 – 1957, service d'édition des cours de la faculté de droit 12, Place du Panthéon PARIS V, p. 17 et s.

son nom l'indique, le contrat unilatéral ne fait naître d'obligations qu'à la charge d'une seule partie, il ne fait naître d'obligation que d'un seul côté. Ainsi, on peut clairement être convaincu de l'existence d'un déséquilibre contractuel légalement prévu.

B. Le déséquilibre en valeur légalement envisageable

En dehors du déséquilibre légalement prévu et qui reste inhérent à certaines catégories de contrats, le déséquilibre peut être le résultat d'une situation factuelle. En effet, si des contrats par leurs natures sont foncièrement déséquilibrés, tous les contrats ne le sont pas. Il est clair que dans les contrats commutatifs, les prestations sont importantes dans une perspective d'analyse de l'équilibre contractuel. Au sens de la théorie générale, ce qui est sans conteste, c'est qu'en principe, dans un contrat commutatif les prestations des parties sont forcément équilibrées. Cependant, dans l'état actuel des choses, des contrats commutatifs qui sont sous l'emprise de la théorie générale sont foncièrement déséquilibrés en valeurs alors qu'à voir leurs natures juridiques, c'est des contrats qui doivent refléter un équilibre. Deux situations retiendront notre attention. C'est d'abord les contrats de consommations qui s'accouplent avec des contrats d'adhésion et ensuite des contrats de droit commun qui peuvent être déséquilibrés en valeur.

Aux prémices des contrats de droit commun qui peuvent être déséquilibrés en valeur, on retiendra le déséquilibre découlant du non-respect des conditions de validité du contrat. Dans le contrat de vente, les déséquilibres en valeur sont nombreux et s'expliquent par une formation irrégulière du contrat. Pour identifier les contrats de vente pouvant être déséquilibrés, il faudra surtout s'intéresser à l'objet et à la cause du contrat. Le contrat peut être déséquilibré suite à un défaut d'objet certain ainsi qu'une cause licite. Par ailleurs, le déséquilibre contractuel peut se situer dans les contrats viciés. Il s'agira surtout dans ce cas d'un grave déséquilibre informationnel. Dans leurs exécutions pareillement, les contrats sont souvent déséquilibrés par des circonstances conjoncturelles qui viennent bouleverser l'économie générale du contrat, c'est la théorie de l'imprévision évoquée plus haut.

Toutes considérations prises à part, c'est sous le sceau des contrats de consommation que le déséquilibre contractuel en termes de prestations est omniprésent et ceci, même si la loi apporte permanemment des correctifs dans ces types de contrats. Le respect de l'équilibre contractuel est beaucoup plus marginal quand on sait que le consommateur surtout, le professionnel aussi ne sont jamais à l'abri d'un déséquilibre. Il faudra, à cet effet, s'intéresser à

la notion de déséquilibre significatif¹³³ dans ces contrats. En matière consumériste, on constate très fréquemment l'existence d'un abus dont le consommateur est victime. Cette situation d'abus peut s'expliquer pour plusieurs raisons. Succinctement, cet abus peut avoir pour principale raison l'inexistence d'une équivalence des prestations, d'un rapport réciproque en termes de pouvoirs juridique et économique entre les deux parties au contrat. Il existe une infériorité de compétences, d'un pouvoir économique et intellectuel du consommateur à l'avantage du professionnel.

Le nombre de cas dans lesquels on rencontre une interdiction de certaines clauses ou pratiques unilatérales dans les contrats de consommation est légion. Au Sénégal, l'instauration d'institutions de protection des consommateurs remonte à la période coloniale¹³⁴, mais a été consacrée plus formellement dans la constitution. Le texte fondamental reconnaît une pluralité de droits au consommateur¹³⁵ leur permettant de sauvegarder leurs intérêts par des institutions instituées par l'État. C'est dans la logique constitutionnelle que la loi 2002-23 du 04 septembre 2002 portant cadre de régulation des entreprises concessionnaires de service public a permis l'instauration des organes de régulation. Mais, en parlant d'interdiction de clauses abusives, on ne peut que magnifier l'apport de la loi n° 2021-25 sur les prix et la protection du consommateur. Cette loi prenant en compte le fait que l'existence de clauses abusives est intrinsèque à une forme de déséquilibre informationnel, a règlementé la période précontractuelles. L'article 8 de cette loi impose comme obligation au professionnel de mettre le consommateur en mesure de connaître de façon claire et compréhensible les caractéristiques essentielles du bien vendu ou du service rendu. Ceci sans oublier que la loi de 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique en son article 32 rattachait l'obligation d'information à une sorte d'exécution loyale du contrat par les deux parties. Ainsi, l'indication du prix, de la limitation éventuelle de la responsabilité contractuelle de même que les conditions particulières de vente et d'utilisation doivent être portées à la connaissance du consommateur. Par ce, le déséquilibre contractuel est évité et le contrat est préservé contre d'éventuelles clauses abusives. La loi en droit de la consommation interdit des clauses types qui instaurent un déséquilibre contractuel au sens de l'article 15 de ladite loi.

¹³³ Notion qui a et continue d'irriguer le droit français de la consommation.

¹³⁴ Avec la loi de 1936 portant Création du service de la répression des fraudes et des poids et mesures, modifiée par la loi n° 66-48 du 27 mai 1966, devenue depuis lors la loi de base, relative au contrôle des produits alimentaires et à la répression des fraudes et par une série de lois et de règlements ayant tantôt un caractère général tantôt une portée sectorielle.

¹³⁵ V. Titre II de la constitution sénégalaise du 22 janvier 2001.

Paragraphe 2 : L'appréhension du déséquilibre en valeur

Le déséquilibre en valeur est chose fréquente dans les contrats de nos jours. L'existence d'une société de masse favorise l'efflorescence des contrats et cette situation crée une atmosphère favorable au développement du déséquilibre contractuel. On remarquera ainsi que l'appréhension du déséquilibre en valeur peut paraître extrêmement difficile. En effet, cette difficulté se manifeste d'abord sur la détermination ou l'identification du moment précis où survient un tel déséquilibre (A), avant de s'apercevoir de la complexité des réponses apportées pour son traitement (B).

A. La détermination du déséquilibre en valeur

Qui parle de détermination du déséquilibre en valeur parle forcément de l'identification précise du moment où survient ce déséquilibre, mais aussi de sa manifestation.

Pour ce qui concerne l'indication précise du moment où intervient le déséquilibre des prestations, il sied de noter que c'est plus souvent au moment de la conclusion du contrat que le déséquilibre en valeurs s'opère. En effet, la raison pour laquelle on retrouve un ensemble d'obligations précontractuelles avant la conclusion d'un contrat, c'est justement parce qu'au moment de la conclusion du contrat, il existe de fortes probabilités, en l'absence de données réelles, que l'un des contractants n'ai pas une bonne appréhension des prestations à fournir. En outre, le déséquilibre des prestations peut survenir en cours d'exécution du contrat. Avec une économie mondiale en dents de scie, des événements conjoncturels peuvent entacher l'exécution d'un contrat. La position du droit sénégalais sur la question de l'imprévision est classique. En aucun moment, il n'est question pour le droit commun d'admettre une modification du contenu obligationnel du contrat pour cause de survenances d'évènements imprévisibles. Par ce, en dehors de la conclusion du contrat, son exécution peut être un moment de manifestation du déséquilibre des prestations. En dernier lieu, la révision conventionnelle ou le renouvellement d'un contrat peut être un moment d'expression du déséquilibre en termes de prestations. Quand des parties nouent une relation contractuelle pour une durée déterminée, l'arrivée à terme du contrat peut générer une déception contractuelle et les parties peuvent être tentées de renouveler ce dernier. Sauf que dans la plupart des cas, c'est une partie au contrat qui ressent ce besoin accru de renouveler ce contrat pour une raison quelconque et la connaissance de l'état de nécessité dans lequel se trouve ce dernier peut pousser l'autre à lui proposer de conclure un contrat aux prestations déséquilibrées.

Concernant sa manifestation, les contrats déséquilibrés en valeurs sont identifiables au regard des pratiques anticoncurrentielles et de celles restrictives de concurrence. L'exemple type sera l'exploitation abusive, prohibée et prévu par la loi n° 94-63 du 22 Aout 1994 sur les prix la concurrence et le contentieux économique qui, en son article 27 dispose qu'« est prohibée dans les mêmes conditions l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises : (...) de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solutions adéquates ». En droit français, on retrouve le pendant de cette disposition à l'article L420-2 du Code de commerce. Les pratiques anticoncurrentielles sont interdites en droit sénégalais parce qu'il faut assurer un rayonnement autonome des lois du marché. Au chapitre des pratiques anticoncurrentielles collectives, l'article 24 de la loi de 1994 de manière non exhaustive une interdiction des pratiques faisant obstacles à l'abaissement des prix de revient de ventes ou de reventes, celles favorisant la hausse ou la baisse artificielle des prix, celles entravant le progrès technique, ou encore celles limitant l'exercice de la libre concurrence. Quant aux pratiques anticoncurrentielles individuelles, on retrouve aux articles 26 et 27 successivement la prohibition du refus de vente et l'interdiction de l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises. Si les pratiques anticoncurrentielles constituent des terreaux d'exercice de pouvoirs déséquilibrants, leur prohibition et leur sanction constituent indirectement un hommage rendu à l'équilibre contractuel. Une première réponse que le droit de la concurrence apporte au déséquilibre contractuel est une réponse préventive pour la bonne et simple raison qu'en mettant en place un système normatif prohibant un certain nombre de comportements jugés illicites, le droit de la concurrence¹³⁶ veille par anticipation à l'équilibre des rapports contractuels. Quant à la seconde réponse, elle peut être qualifiée de curative. Elle n'intervient que lorsqu'il y a violation d'une prohibition posée. L'ensemble de ces réponses s'articule autour du droit des pratiques anticoncurrentielles et du droit des pratiques restrictives de concurrence. En interdisant et en sanctionnant les ententes et les abus de domination, le droit des pratiques anticoncurrentielles agit indirectement sur l'équilibre des rapports commerciaux. L'interdiction de ces pratiques démontre une volonté d'anticiper sur le déséquilibre en valeur à travers de sournois comportements.

¹³⁶ « Le droit de la concurrence peut être envisagé comme l'ensemble des règles juridiques qui organisent le jeu des rapports de rivalités et de coopération entre entreprises, dans le cadre de leur démarche de conquête ou de préservation d'une clientèle » ; Azéma et Paillusseau cité dans l'ouvrage collectif : Droit de l'entreprise, essentiel pour comprendre, éd LAMY S. A. 1998 n°4- 5. p. 481.

Dans la mesure où le déséquilibre en valeur prend source dans le contenu du contrat, la loi de 2021 sur les prix et la protection du consommateur consacre une section III toute entière intitulée des règles sur les clauses contractuelles. Dans cette section, le législateur tente au mieux de réglementer le contenu du contrat de consommation par une sorte de prévention contre les clauses abusives. En sus de l'interdiction des clauses créant un déséquilibre significatif par l'article 15, l'article 16 apporte des informations complémentaires dans l'appréciation du caractère abusif d'une clause. Elle dispose « le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ses deux contrats dépendent juridiquement l'un de l'autre ». Au regard de cette disposition, on peut retenir que l'appréciation du caractère abusif dépend de circonstances assez particulières qu'il va falloir scruter.

Toujours dans le cadre de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles, la récente loi de 2021 sur les prix et la protection du consommateur surenchérit en prohibant la vente avec prime¹³⁷, le refus de vente¹³⁸, la revente à perte, les ventes sans commande préalable, etc. Par l'article 75, Il est même interdit *expressis verbis* les pratiques discriminatoires lorsque par exemple les conditions discriminatoires d'une opération de vente ne sont pas justifiées par des différences de prix de revient, de la fourniture ou du service.

B. Les réponses au déséquilibre en valeur des prestations

Le traitement du déséquilibre en valeur du contrat est aussi varié que les causes inhérentes à ce type de déséquilibre. Le déséquilibre qu'on peut mesurer à l'aune de l'équivalence des prestations *interpartes* est multidimensionnel. Selon qu'il existe un déséquilibre dans les prestations dues imputable soit à une lésion au moment de la formation du contrat, soit à l'exploitation abusive d'une situation de faiblesse, soit encore d'un état de dépendance, la réponse du droit sera fortement colorée et différente. On connaît d'emblée la position du droit sénégalais sur la question de l'admission de la lésion. Hormis de rares hypothèses où les contrats lésionnaires sont frappés de nullité, le postulat de base en matière de lésion se résume au fait qu'elle ne peut être une cause de nullité du contrat à la lecture de l'article 75 du

¹³⁷ V. Art. 66 de la loi citée.

¹³⁸ V. Art. 68 de la loi citée.

COCC. Ainsi, le déséquilibre en valeur des prestations imputable à un défaut d'équivalence n'est pas appréhendé par le droit comme une cause de nullité du contrat.

En droit sénégalais de la concurrence, nous avons vu la consécration de la dépendance économique ainsi que l'abus de position dominante. Les conséquences de ces pratiques étant naturellement l'impossibilité pour l'une des parties au contrat de pouvoir négocier comme il le souhaite un contrat. Cette absence de pouvoirs de l'une des parties peut avoir comme conséquence directe la conclusion d'un contrat emprunté par un unilatéralisme exacerbé. Le contractant fort pourra alors faire peser des obligations plus qu'importantes que les siennes au contractant faible, créant ainsi un déséquilibre de valeur dans le contrat. Ainsi, on parlera d'un déséquilibre de valeur du contrat pour causes d'absence d'une certaine équivalence dans les prestations des parties. Par le même processus, on peut aboutir au même résultat lorsque notamment une partie au contrat est indéniablement supérieure à une autre, ou lorsque l'une des parties n'a pas d'alternative et est obligée de traiter avec son vis-à-vis.

Ces dites pratiques considérées comme illégales par la loi sont traitées par la nullité du contrat qui en fait l'objet et tantôt par une autre sanction qui est le réputé non écrit. En effet, pour éviter le prononcé de la nullité du contrat en entier, la sanction du réputé non écrit opère parfaitement. L'article 19 de la loi sur les prix et la protection du consommateur dispose que « Sont nulles et réputées non écrites, les clauses abusives contenues dans les contrats conclus entre fournisseurs et consommateurs ». Le réputé non écrit occupe une place privilégiée en matière de sanction des déséquilibres contractuels. On pourrait même dire qu'il en constitue la sanction naturelle, car elle se présente en « *police de la cohérence du contrat* »¹³⁹. Ainsi, les clauses qui créent un déséquilibre significatif sont frappées de cette sanction, de même que les clauses qualifiées de léonines. En effet, dans certains contrats spéciaux, la loi interdit la stipulation de clauses créant un déséquilibre incontestable entre les partenaires contractuels. C'est le cas du contrat de société où le but poursuivi est de réaliser des bénéfices, de profiter de l'économie qui pourra en résulter, mais aussi de contribuer aux pertes en cas de mauvaises affaires. Dans cette quête, la quote-part que chaque associé bénéficiera dans le profit fait par la société ou qu'il supportera en cas de pertes est déterminé en principe conventionnellement dans les statuts de la société¹⁴⁰. Dans ces stipulations conventionnelles, l'idée du lucre peut conduire aux associés d'admettre des clauses léonines dans les statuts de la société, clauses par lesquelles un associé s'attribuerait l'intégralité des économies et s'exonérerait de

¹³⁹ S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, *Économica*, 2006, n°510, p. 260.

¹⁴⁰ V. Art. 54 de L'AUSCGIE.

contribuer aux pertes. De telles clauses, au sens de l'article 54 AUSCGIE, sont frappées par la sanction du réputé non écrit. Ce remède chirurgical s'explique par la transformation formelle du contrat. Celui-ci se présentant de plus en plus comme un agencement de clauses, le déséquilibre y est appréhendé à l'intérieur de ces dernières. Le Pr. Mekki souligne à cet égard l'émergence d'un « *droit commun des clauses du contrat qui prend les traits d'un contrôle de légalité propre à certaines clauses et d'un arsenal de sanctions adaptées à leur spécificité* »¹⁴¹. Cela ne signifie pas que le contrat ait disparu pour autant. Cependant, il se présente davantage comme un dynamisme, ce qui permet de s'assurer de la cohérence de l'agencement des clauses du contrat.

Quant à la situation relative à un déséquilibre des prestations imputables à l'exploitation d'une situation d'abus de faiblesse, en droit de la consommation, la réponse du droit devient beaucoup plus soutenue. Dans pareille hypothèse, l'abus de faiblesse cause principale de ce déséquilibre est considéré comme une infraction commise à la loi et fait encourir comme tel une sanction pénale dont la lecture des articles 94 et 82 de la loi de 2021 sur les prix et la protection du consommateur nous édifie.

Section II : Le déséquilibre en pouvoir des contrats

En droit sénégalais, une autre manifestation du déséquilibre sévise : le déséquilibre en pouvoir¹⁴². Plus difficilement identifiable¹⁴³ en raison de sa nature, le déséquilibre en pouvoir n'intervient qu'à des moments uniques dans le processus contractuel¹⁴⁴. La doctrine catégorise certains pouvoirs le pouvoir sous le terme générique de pouvoirs contractuels. Ainsi, le pouvoir se catégorise en des variantes diverses d'où sa manifestation en plusieurs formes parmi lesquelles une certaine catégorisation s'impose (Paragraphe 1). Etant une donnée incontestable des relations contractuelles, le déséquilibre en pouvoirs va présenter sans doute des incidences constatables (Paragraphe 2).

¹⁴¹ M. Mekki, *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2nd partie) : l'efficacité des clauses contractuelles*, RDC 2007, n°2 p. 239. L'auteur souligne l'émergence d'un « *droit commun des clauses du contrat* ». Dans le même sens, M.-A. Frison-Roche, *Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique*, RTD civ., 1998, p.49. L'auteur souligne qu'« *est en train de naître le droit des clauses* ».

¹⁴² La notion de déséquilibre en pouvoirs née de l'opposition qui lui est faite avec le déséquilibre en valeurs. Cette distinction se retrouve dans le travail de V. LASBORDE.

¹⁴³ En effet, le déséquilibre en valeurs est identifiable par une simple analyse de l'équilibre soit objective ou subjective des prestations tandis que le déséquilibre en pouvoirs se trouve isolé et ne peut se refléter qu'à des périodes déterminés par exemple lors de la conclusion du contrat.

¹⁴⁴ La conclusion d'un contrat, son renouvellement représentent des moments privilégiés de transparence du déséquilibre de pouvoirs des contractants.

Paragraphe 1 : La catégorisation des pouvoirs contractuels source de déséquilibre

Le déséquilibre en pouvoirs des contractants est susceptible d'une catégorisation. En effet, les situations dans lesquelles on retrouve un déséquilibre dû à une inégalité de pouvoirs sont pléthoriques, mais renferment des identités néanmoins quasi-identiques. À chaque fois qu'il sera question de parler de déséquilibre contractuel causé par une inégalité de pouvoirs on fera référence à la nature de ce pouvoir : soit un pouvoir juridique (A), soit une disproportionnalité de pouvoir économique dominant à l'origine du déséquilibre contractuel (B).

A. Le pouvoir juridique déséquilibrant

Le pouvoir juridique n'est qu'une facette de la manifestation des pouvoirs contractuels, même s'il peut sembler, *a priori*, incongru d'affirmer que le domaine matériel dans lequel les pouvoirs contractuels peuvent jouer est vaste. En effet, « *le droit des contrats, bâti sur le postulat d'égalité entre les parties, est perçu comme répugnant aux phénomènes d'autorité. Celui-ci voit, au contraire, dans la convention, « l'instrument naturel de l'accomplissement de la liberté, de l'égalité et, peut-être moins nettement aujourd'hui, de la fraternité* ». ¹⁴⁵

Dans le langage commun, le terme « *pouvoir* » renvoie généralement à deux idées. La première est celle d'une possibilité d'action dépendant de la volonté de quelqu'un. La seconde est celle d'un rapport d'autorité, de domination. Combinées, ces deux idées invitent à concevoir le pouvoir comme la possibilité dont dispose une personne d'imposer sa volonté à autrui ¹⁴⁶. Le dictionnaire juridique du droit privé de Serge BRAUDO ¹⁴⁷ définit le pouvoir comme « *la capacité dévolue à une autorité ou à une personne, d'utiliser les moyens propres à exercer la compétence qui lui est attribuée soit par la loi, soit par un mandat dit aussi "procuration"* ».

Il ressort de ces définitions que le pouvoir renferme avant tout des prérogatives que l'une des parties détienne, soit par la loi soit par une convention. La limite qu'on pourrait déceler à cette

¹⁴⁵ L. AYNÈS, « *Rapport introductif* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, *Economica*, coll. Études juridiques, n° 9, 1999, n° 4, p. 4. Cette citation sera toutefois nuancée par la suite dans la mesure où il pourra être montré que l'altruisme, fondement de la fraternité, doit guider l'exercice des pouvoirs contractuels.

¹⁴⁶ La notion de pouvoir contractuel se trouve être une notion d'origine doctrinale. Il est ainsi possible d'en trouver trace sous la plume de P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, L.G.D.J., 2004 p. 129 et s., où l'auteur oppose, d'ailleurs, les pouvoirs contractuels qu'il définit comme des prérogatives juridiques reconnues par le droit objectif, aux simples rapports factuels de pouvoirs dans le contrat. V. M. Cassiède, *Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé*, Thèse Bordeaux, 2018, p. 33.

¹⁴⁷ Dictionnaire accessible sur : [Dictionnaire juridique - Serge Braudo \(dictionnaire-juridique.com\)](http://dictionnaire-juridique.com), site consulté le 20/06/2023.

définition est intrinsèquement liée au fait que cette dernière envisage plus la définition du pouvoir sous l'œil du droit public qu'à l'aune du droit privé. En effet, le pouvoir contractuel emporte une autre donnée ignorée par cette définition. Bien qu'étant une prérogative, cette dernière ne s'exerce pas comme si cela relevait de la normalité. Le pouvoir contractuel du fort s'exerce à l'encontre du cocontractant faible dans un but d'obtenir un avantage, c'est la manifestation des rapports factuels du pouvoir¹⁴⁸.

Ainsi, le pouvoir juridique se traduit en un véritable instrument par lequel l'un des contractants exerce une pression à son contractant. Par excellence, le contrat de travail traduit cette dite situation. Le contrat de travail crée une subordination juridique entre le salarié et son employeur. Le propre même de la subordination juridique est le pouvoir légal conféré à l'employeur et qui lui donne les prérogatives de dicter à son contractant la marche à suivre dans l'exécution du contrat. Ainsi, si le contrat de travail instaure une véritable subordination juridique, il en résulte que cette subordination a pour conséquence directe l'existence d'une dépendance économique.

Si un tel résultat est possible, c'est parce que la législation fut sans doute docile dans la réglementation des contrats d'adhésion¹⁴⁹. Le contrat d'adhésion est sûrement un terrain fertile pour l'abus de puissance juridique et économique¹⁵⁰. En effet, il met en présence d'une part, un adhérent parfois inexpérimenté, le plus souvent pressé par le rythme de la vie moderne et séduit par les chimères de la société de consommation, et d'autre part, un professionnel rompu à la vie des affaires, qui a eu le temps de préparer, aux besoins avec des juristes, des conditions générales contractuelles contenant autant de pièges que de clauses à sens unique.

Cependant, pour bien comprendre le déséquilibre en pouvoir, il faut bien cerner le cadre dans lequel ce type de déséquilibre se déploie. Pour les pouvoirs juridiques relatifs à la sanction de l'inexécution, nous retiendrons parmi une liste importante¹⁵¹ la résolution unilatérale aux

¹⁴⁸ En effet, il existe des situations où le rapport de pouvoir des contractants peut être factuel par opposition aux pouvoirs contractuels c'est-à-dire aux pouvoirs qui permettent à une partie d'imposer, à son cocontractant, une modification des effets du contrat qui les unit. Quant aux rapports factuels de pouvoir dans le contrat, c'est-à-dire aux rapports de pouvoir qui trouvent leur origine, non dans le droit, mais dans une situation de fait, telle qu'une situation de domination sur le plan économique, physique ou intellectuel, et qui procurent, à ceux qui en bénéficient, la possibilité d'imposer leur volonté au cocontractant.

¹⁴⁹ Remarquons que c'est de la législation sénégalaise dont on fait état contrairement à celle française qui régit les contrats d'adhésions *expressis verbis*.

¹⁵⁰ Raison pour laquelle des auteurs l'assimilent à un acte juridique unilatéral.

¹⁵¹ On peut citer la clause résolutoire, l'exception d'inexécution au sens de l'Art. 104 du COCC, la réduction unilatérale du prix prévue par l'Art. 50 de la CVIM, du remplacement ou encore du laissé pour compte. Convention disponible sur : [Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de](#)

risques et périls du créancier. Ce pouvoir juridique n'a pas toujours existé et on ne retrouve sa consécration que dans la vente commerciale à l'article 281 de L'AUDCG. En effet, la résolution du contrat ne fut que judiciaire et cette exception de résolution unilatérale n'a été consacrée qu'en 1998 par la Cour de cassation¹⁵² française. Pour ce qui relève des pouvoirs contractuels qui, jouant sur le terme, affectent la durée du contrat, on peut retenir la faculté de rétractation. Les pouvoirs de rétractation¹⁵³, encore dénommés droits de repentir ou *jus poenitendi*, autorisent leurs titulaires à revenir sur leur consentement pendant un certain temps. Ce pouvoir peut découler d'une clause de dédit, accordant ainsi au contrat un caractère conditionnel, comme le prévoit l'article 329 du COCC. Le droit du commerce électronique reconnaît au consommateur un droit légal de rétractation alors qu'au sens du droit commun le consentement lie son auteur. Enfin, sur la détermination unilatérale du contenu du contrat, on peut retenir des clauses allant dans ce sens, abstraction faite de l'ordonnance de 2016 qui consacre la possibilité de fixation unilatérale du prix¹⁵⁴. Certaines clauses confèrent à l'une des parties le pouvoir de définir unilatéralement la qualité de la prestation qu'elle s'engage à fournir ou qui doit lui être fournie. En guise d'illustration, il est possible de faire allusion à l'arrêt qui a reconnu la validité d'un contrat de location de vidéogrammes qui conférait au bailleur la possibilité de définir unilatéralement la qualité des films¹⁵⁵.

Ainsi sévit un ensemble d'illustration qui permet de démontrer que le pouvoir juridique relève d'un enjeu important dans les contrats et peut être causes de déséquilibres contractuels. Ces pouvoirs contractuels sont d'une importance-t-elle qu'en courir la cassation toutes décisions qui les méconnaîtront. La cour suprême sénégalaise reste dans une logique de contrôle de

[marchandises \(Vienne,1980\) \(CVIM\) | Commission des Nations Unies pour le droit commercial international](#), site consulté le 23/06/2023.

¹⁵² Dans son célèbre arrêt « *TOCQUEVILLE* », les juges admettaient 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, et que cette gravité, [...] n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis ». Cass. civ. 1ère, 13 octobre 1998, *Bull. civ. I*, n° 300, D. 1999, note Ch. JAMIN.

¹⁵³ Il s'agit d'un pouvoir qu'on retrouve usuellement en droit de la consommation. Ce dernier est consacré au rang des Art. 11 et s du décret n°2008-718 du 30 juin 2008 relatif au commerce électronique. Décret disponible sur:[Décret_2008_718_Commerce_Electronique_Application_Loi_2008_08_Transactions_Electroniques.pdf \(cdp.sn\)](#), site consulté le 10/05/2023.

¹⁵⁴ V. nouv. Art. 1165 du Code civil.

¹⁵⁵ V. Cass. civ. 1ère, 23 mai 1995, *Bull. civ. I*, n° 214, p. 152. Dans cet arrêt, il est possible de constater que la validité du contrat a été admise en raison de l'existence d'une possibilité d'échange gratuit au profit du preneur. Cette clause venant tempérer l'unilatéralisme du bailleur dans la détermination des titres. Pour une analyse de ces clauses de détermination unilatérale de la qualité de la prestation, v. également : J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Éditions Francis LEFEBVRE, 2010, 4ème éd. par P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, n° 338, spéc. p. 163.

toutes restrictions apportées à ces pouvoirs par les juges de fond¹⁵⁶ mais aussi de toute condition non légalement requise ajoutée par ces derniers¹⁵⁷. Contrairement à ce que la logique pourrait induire à penser, ces pouvoirs contractuels ne sont pas uniquement reconnus au créancier, mais aussi au débiteur ce que la Cour suprême ne manque pas aussi de préciser¹⁵⁸. La haute juridiction sénégalaise ne manque pas néanmoins de sanctionner tout usage abusif de ces prérogatives reconnus par les contractants¹⁵⁹.

B. Le pouvoir économique déséquilibrant

Contrat et économie sont intrinsèquement liés et ceci du fait que le contrat met nécessairement des intérêts en jeu. Cet aspect économique du contrat a même poussé à la catégorisation de certaines conventions, c'est le cas des contrats d'affaires du fait des enjeux financiers importants qu'ils génèrent.

Dans les paradigmes contractuels, un contractant peut se retrouver dans une situation de détresse contractuelle¹⁶⁰. Ainsi, la fragilité économique pousse l'une des parties à contracter et à se soumettre à la norme édictée par son contractant. Pour comprendre cela, scrutons encore un contrat qui est usuel, le contrat de travail qui à bien des égards présente des caractéristiques

¹⁵⁶ Aux termes de l'Art. 267 du COCC, « Si une partie importante de l'immeuble promis à la vente disparaît lors de la conclusion de celle-ci, l'acquéreur a le choix entre abandonner la vente ou obtenir la livraison de la partie de l'immeuble conservé, le prix déterminé par ventilation ; si la perte est minime, l'acquéreur ne peut demander qu'une diminution du prix. Viole ce texte, une cour d'Appel qui, après avoir constaté le désaccord des parties lors de la conclusion du contrat définitif sur la superficie promise, prononce la résolution de la promesse de vente, alors que l'acquéreur avait exercé sa faculté de demander le maintien du contrat avec une diminution du prix. » ; CS. civ. com., arrêt N° 20, Bull. 2020. p. 47. ; CS. civ. Com., arrêt N° 20, Bull. arrêts. 2020. p. 30 et s.

¹⁵⁷ Aux termes de l'Art. 445 du Code des obligations civiles et commerciales « tant que l'ouvrage n'est pas terminé, le maître de l'œuvre peut toujours se départir du contrat en payant le travail fait et en indemnisant complètement l'entrepreneur ». Viole ce texte, une Cour d'Appel qui a subordonné la faculté de rupture unilatérale du maître de l'œuvre à la faute de l'entrepreneur ; CS. civ. Com., arrêt N° 81 DU 5 SEPTEMBRE 2012, Bull. arrêts 2012, p. 52.

¹⁵⁸ « Ne viole pas l'article 105 du COCC, dès lors qu'elle n'a constaté aucune stipulation d'une clause résolutoire, une cour d'Appel qui, pour rejeter la demande de résolution d'un contrat de vente, a retenu à juste titre qu'il découle de cette disposition que le débiteur peut écarter la résolution en offrant d'exécuter l'obligation et que cette possibilité lui est ouverte en cours d'instance, voire jusqu'au prononcé de l'arrêt en appel » ; CS. civ. Com., arrêt N°56, Bull. arrêts 2020. p. 50.

¹⁵⁹ La résolution unilatérale ou encore la résiliation de plein droit doit être exercée de manière abusive donne droit à des dommages et intérêts alloués au contractant victime ; CS. civ. Com., arrêt N° 13, Bull. arrêts 2021.

¹⁶⁰ « Le commerce juridique n'est plus aujourd'hui ce qu'il était à l'époque de Gritus et de Paul, ni même à celle des rédacteurs du Code civil. Quand les uns et les autres parlaient de contrats, l'opération type dont la réalité leur offrait le modèle et à laquelle ils pensaient sans cesse, c'était le vieux contrat traditionnel, où deux personnes d'identique situation juridique et de puissance économique égale exposent et discutent en un libre débat leurs prétentions opposées, font des concessions réciproques et finissent par conclure un accord dont ils ont pesé tous les termes et qui est bien véritablement l'expression de leur commune volonté. » ; E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Ed. Arthur Rousseau, 1912, p. 13 et s.

d'une sorte de dépendance économique. Pour comprendre cette dépendance économique du salarié, il faut distinguer un aspect théorique et un autre qui se veut pratique. Théoriquement, bien que le contrat de travail soit catégorisé dans les contrats d'adhésion, il faut relever que l'exclusion de la négociabilité qui est le propre de ce type de contrat peut faire défaut dans le contrat de travail. En effet, le salarié garde théoriquement la possibilité de pouvoir discuter de son salaire avec l'employeur du fait que ce dernier peut être le plus intéressé par la conclusion du contrat. Ainsi, rien n'exclut en principe une libre discussion consensuelle pour la détermination du contenu du contrat. Mais envisagé sous un autre angle, le résultat devient nettement différent de celui résultant de cette première hypothèse. Concrètement, sous l'angle théorique, on remarque systématiquement que même si le futur salarié peut discuter le contenu de son contrat, il se trouve dans une situation économiquement instable. Avant tout, le travail constitue un marché et les employeurs ont de ce fait une position contractuelle forte, un pouvoir contractuel économique. De la recherche du travail jusqu'à l'obtention d'une embauche, le salarié cherche à se mettre dans une situation économique plus confortable. De surcroît, le processus de sélection fait naître inéluctablement une concurrence de sorte que le futur salarié voit sa volonté de négociation restreinte. En effet, la volonté considérée comme le « *pouvoir d'agir sans être déterminé ou empêché soit par des forces extérieures, soit par des impulsions internes relevant du psychologique, la liberté évoque la faculté d'agir conformément à sa propre loi en suivant les injonctions de la raison, indépendamment de toute spontanéité capricieuse* »¹⁶¹ devient limitée.

Par ailleurs, la facette économique du déséquilibre a justifié l'émergence d'un type de contrat particulier, le contrat d'adhésion. Dans une société industrialisée à production et à consommation de masse¹⁶², le contrat d'adhésion est souvent utilisé dans les échanges contractuels. V. LABORDES affirmait à ce niveau que, « *Le recours à cette technique contractuelle est devenu la règle dans les relations entre professionnels et consommateur* ». La disproportion en puissances économiques se traduit par le fait que le critère du contrat d'adhésion est l'absence de négociation. Le contrat est déjà rédigé à l'avance par le professionnel et ce dernier est soumis aux personnes qui se retrouvent contractants pour la même opération contractuelle. Il serait fastidieux de multiplier davantage les exemples d'abus de puissance économique en dehors des contrats d'adhésion. L'échec de cette notion est patent. L'alternative est la suivante : ou bien l'on tente d'inclure, dans la catégorie des contrats

¹⁶¹ V. PEROT-MOREL, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Thèse Grenoble 1961, p. 17.

¹⁶² J. GHESTIN et M. FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison franco-belges*, LGDJ, coll, Bibliothèque de droit privé, t. 261, Paris, 1996, p. 2, n° 2.

d'adhésion, l'ensemble des cas d'abus de puissance économique qui se présentent dans la société, quitte à vider ce concept de son contenu initial et à le priver de toute cohérence et signification, ou alors l'on se contente d'une protection extrêmement partielle des économiquement faibles en n'octroyant un régime protecteur qu'à ceux qui adhèrent à un contrat, dont les clauses sont unilatéralement rédigées et dont le contenu ne peut être modifié.

Ainsi, le pouvoir économique se rattache par un truchement à la dépendance économique si le second ne demeure pas même la conséquence du premier. Si un contractant est dépendant, il en résulte que l'autre exerce une puissance économique forte sur ce dernier. Cependant, le lien personnel est beaucoup plus intense entre celui qui bénéficie de la dépendance et l'assujetti. La dépendance se définit donc comme le fait pour une personne de dépendre d'une autre, de telle sorte qu'un lien d'asservissement économique en découle¹⁶³. L'effet de dépendance produit par la puissance économique est moins vaste que celui de domination. Il est, en revanche, plus rigoureux à l'égard du contractant économiquement dépendant. De ce fait, il est possible d'y déduire, que si on peut distinguer et opposer la puissance économique et les notions de pouvoir, de violence et de force, il convient d'englober celles de domination et de dépendance à l'intérieur du domaine de la puissance économique, en ce qu'elles en constituent les effets, même si les effets de la puissance économique ne se résument pas à ces deux notions¹⁶⁴. Par ce, le pouvoir économique est source d'abus plus ou moins légitimés ou admise en matière contractuelle. C'est ainsi qu'on parle d'abus de domination en matière contractuelle.

Paragraphe 2 : Les incidences du déséquilibre lié au pouvoir

Le déséquilibre en pouvoirs entre contractants crée des incidences non négligeables. En effet, c'est parce que les rapports de force sont inégaux que nous commençâmes à voir émerger un droit de plus en plus partisan, entraînant une parcellisation du droit des contrats. Ainsi, l'existence de partie faible dans le contrat dont portera notre analyse est celle liée à un résultat des inégalités de faite. Le déséquilibre lié au pouvoir entre contractants induisit la naissance et la reconnaissance de la partie faible au contrat (A) communément évoquée par la doctrine, doublée d'une situation de dépendance difficilement appréhendable par le droit (B).

¹⁶³ Du latin *dependere*, être suspendu à, être sous l'autorité de quelqu'un.

¹⁶⁴ Nous verrons que la domination et la dépendance ressortissent au domaine de l'abus, la puissance économique pouvant également être source d'obligations.

A. La naissance d'une catégorie contractuelle, la partie faible

Le droit commun dresse des règles juridiques à géométrie unique pour les parties. Les règles contenues dans le droit commun sont des règles qui encadrent la relation contractuelle des parties au contrat de manière linéaire, ceci de sorte qu'elles considèrent ces dites parties comme en parfaite position d'égalité et donc devant bénéficier des mêmes droits.

Le droit spécial lui, a vu l'émergence d'un droit partisan qui au fil des ans s'est démêlé de cette conception volontariste et égalitariste du droit commun. De plus en plus un constat devenait visible, c'est celui de la différenciation de statut, d'où la naissance d'un droit de classe. Cette parcellisation du droit surtout celui de la consommation fut accueillie au Sénégal par des textes adoptés après le COCC. On retrouve successivement les lois n°65-25 du 4 mars 1965 sur les prix et les infractions à la législation économique, abrogée par la loi n°94-63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique¹⁶⁵ et aujourd'hui, par la loi n° 2021-25 du 12 avril 2021 relative aux prix et à la protection du consommateur.

C'est d'abord une directive de l'UEMOA, directive n° 01-2006/CM/UEMOA relative à l'harmonisation des politiques de contrôle et de régulation du secteur des télécommunications en son article 1^{er} qui définit le consommateur comme « Toute personne physique qui utilise ou demande un service de télécommunications ouvert au public ». Ensuite, un règlement n° 007-2007/CM/UEMOA relatif à la sécurité sanitaire des végétaux, des animaux et des aliments de l'UEMOA précise qu'est le consommateur : « toute personne physique ou morale qui achète ou offre d'acheter, utilise ou est bénéficiaire en tant qu'utilisatrice finale, d'un bien, service ou technologie (...) ». L'article 3 de la loi n° 2011-01 du 24 février 2011 portant Code des Télécommunications définit le consommateur comme « toute personne physique qui utilise ou demande un service de télécommunications accessible au public à des fins autres que professionnelles »¹⁶⁶. Enfin, la récente loi de 2021-25 sur les prix et la protection du consommateur définit le consommateur en son article 3 comme « toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise, pour la satisfaction de ses besoins non professionnels, des biens et services ».

Tout compte fait, la partie faible au contrat ne se résume pas en la personne du consommateur et en fonction des contrats ou de chaque opération contractuelle, il est possible à travers

¹⁶⁵ Ceci à coïncider avec la mise en place d'une commission nationale sur la concurrence.

¹⁶⁶ Cette législation est disponible sur [Loi n° 2011-01 du 24 février 2011 portant Code des Télécommunications | Site officiel de l'Ordre des Avocats du Sénégal](#), site consulté le 15/05/2023.

l'identification de certains éléments de pouvoir qualifier une partie au contrat de partie faible. L'évolution de la société n'a été indifférente à ce mouvement de changement de paradigme contractuel, car, il y-a eu « *pullulation et diversification des contrats* », ainsi qu'un « *accroissement du dynamisme contractuel* »¹⁶⁷. Rien d'anormal si on sait que les pratiques contractuelles sont calquées sur les évolutions des rapports entre les hommes¹⁶⁸. Portalis, déjà, le systématisait¹⁶⁹. C'est ainsi qu'apparurent de nouvelles sortes de contrats, au sens conjoncturel. Ce n'était plus une affaire de diversité des objets donnant matière aux conventions, mais une évolution.

Au rang de ces éléments devant servir d'identification de cette catégorie de contractants, nous retiendrons à titre illustratif la faiblesse informationnelle. De manière historique, des contrats mettant en scène des contractants mal informés ont toujours existé. Mais, à l'instar de la faiblesse précitée, c'est la mesure du phénomène qui a changé en profondeur. En effet, tandis que le phénomène contractuel se densifiait, se développait et se complexifiait, les règles suivaient le même cheminement, pour encadrer ces nouveautés. Et l'artifice de l'adage, *nul n'est censé ignorer la loi*¹⁷⁰ s'amplifiait inexorablement. La faiblesse informationnelle massive jaillit de cette union entre complexification sociétale et complexification contractuelle. On se trouve dans un autre domaine que celui d'une disproportion simplement économique : il s'agit bien davantage ici d'une « *vulnérabilité cognitive* »¹⁷¹, provoquée par une myriade de faits sociaux. Ripert l'avait pressenti avec une remarquable clairvoyance¹⁷², devenaient aptes à se saisir des subtilités du droit¹⁷³.

¹⁶⁷ L. Josserand, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.*, 1937, p. 5, n° 4.

¹⁶⁸ L. Josserand, *op cit.*, p. 1 et s. (p. 4, n° 3 : « *les phénomènes économiques avaient déterminé chez eux une véritable transfiguration qui devait fatalement retentir sur la structure des contrats ; à d'autres contractants il fallait d'autres contrats ; comme toujours, l'économie a réagi sur le juridique (...)* »). Il est naturel que des bouleversements sociétaux et économiques engendrent des bouleversements de la matière contractuelle, principal vecteur des échanges entre les hommes.

¹⁶⁹ V. not. J.-E.-M. Portalis, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er pluviôse an IX », préc., p. XXIV (et not. : « *En général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. Leurs besoins les rapprochent ; leurs contrats se multiplient autant que leurs besoins. Il n'y a point de législation dans le monde qui ait pu déterminer le nombre et fixer la diversité des conventions dont les affaires humaines sont susceptibles* »).

¹⁷⁰ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français, Litec*, 4ème éd., 1999, n° 291, p. 579 et s.

¹⁷¹ J.-P. Chazal, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. Cohet-Cordey (dir.), *PUG*, 2000, p. 243 et s., p. 248-249.

¹⁷² G. Ripert, *Les forces créatrices du droit, LGDJ*, 2ème éd., 1998 (rééd. 1955), spéc. n° 143, p. 350 (« *On peut se demander comment dans quelques années un juriste arrivera à reconnaître la disposition qu'il y a lieu d'appliquer. Pour chaque branche du droit un spécialiste est seul à même de donner le renseignement utile* »).

¹⁷³ V. la synthèse de R. Decottignies, « L'erreur de droit », *RTD civ.*, 1951, p. 309 (« *Les mieux avertis s'égarèrent dans le maquis des textes, incapables de dire si telle règle a été modifiée, abrogée, annulée ou validée* »).

B. L'établissement d'une situation particulière, l'état de dépendance

Quand une relation contractuelle est déséquilibrée en termes de pouvoir, que ce déséquilibre soit inhérent à un rapport juridique ou économique, une situation singulière se pose comme revers à ce déséquilibre, celle de la dépendance. Aujourd'hui, un constat est de mise, l'autonomie de la volonté est plus que jamais contestable, à une époque où ces « *présupposés (...) manquent en fait* »¹⁷⁴. Coïncidant à ce qu'on pourrait qualifier, à l'instar du doyen Savatier, comme une métamorphose économique et sociale du droit contractuel d'aujourd'hui, de nouvelles pratiques ou de nouveaux constats imposent de nouvelles réponses du droit d'où ce pertinent constat qu'« *entre autres constats, ces assises ont retenu le déphasage entre l'évolution du tissu économique et son environnement juridique qu'il faut améliorer* »¹⁷⁵.

La dépendance se définit donc comme le fait pour une personne de dépendre d'une autre, de telle sorte qu'un lien d'asservissement économique en découle¹⁷⁶. Ainsi, il existe des contrats qualifiables d'office de contrat de dépendance dont nous avons donné une définition, qui rappelons le, constituent des contrats « *régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des contractants, l'assujetti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie de sa relation régulière, privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination* »¹⁷⁷. L'article 27 de la loi 94-63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique définit la dépendance comme étant la situation dans laquelle se trouve, à l'égard de son cocontractant, « *une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente* ». Selon cette définition, la dépendance serait alors plus une notion économique et que juridique¹⁷⁸.

Ainsi, dans le cadre de ces contrats de dépendances, des contractants mériteraient une protection certaine. De ce fait, le salarié contre l'employeur ou le consommateur contre le professionnel, mais également tous les professionnels qui se trouvent en situation de dépendance économique. Il s'agit notamment des franchisés et des concessionnaires qui se

¹⁷⁴ G. Rouhette, « « Droit de la consommation » et théorie générale du contrat », in *Etudes offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1982, p. 256.

¹⁷⁵ Loi N° 94-63 du 22 Aout 1994 sur les prix la concurrence et le contentieux économique. Cette législation est disponible sur : [Commerce intérieur Loi 1994-63 du 22 août 1994 sur le prix, la concurrence et le contentieux - Sunulex](#), site consulté le 20/05/2023.

¹⁷⁶ Dans sa forme étymologique du latin « *dependere* ».

¹⁷⁷ G. Virassamy, *Les contrats de dépendance essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, op cit., p. 10.

¹⁷⁸ A. DIALLO, *la protection de la partie faible dans les contrats de distribution en droit sénégalais et français*, Nouvelle Annales africaine, n° spécial Vol 2, janvier 2023, p 345.

trouvent, sans qu'aucune protection ne leur soit accordée, dans une situation de dépendance économique comparable à celle des salariés. Dans ces contrats de dépendance, le contrat de travail fut qualifié comme tel par excellence. En effet, le contrat de travail met le salarié ou le préposé dans une situation d'extrême dépendance, d'où notamment les revendications croissantes de protection de ces derniers. En outre, il est incontestable que les contrats de concessions commerciales ainsi que ceux de franchises peuvent être rangés dans cette catégorie de contrats de dépendances puis ce que le fournisseur occupe une certaine position au regard des autres parties. La situation du droit sénégalais sur cette question est en réalité lacunaire vu que loin d'avoir une disposition dans le droit commun qui proscrie les abus de position dominante, c'est plus le droit spécial qui tente de se saisir de la question. L'usage de l'expression dépendance ou dépendance économique se retrouve dans l'une des rares lois sénégalaises, il s'agit de la loi n° 94-63 en son article 27 dispose qu'est « Prohibée dans les mêmes conditions l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises : (...) de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solutions adéquates ». Découlant de la puissance économique, la dépendance pose un problème d'appréhension dans la sphère contractuelle. Dans la récente réforme du droit des contrats français, le nouvel article 1143 dispose qu'« Il y-a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ». Bien que comportant quelques insuffisances¹⁷⁹, il n'en demeure pas moins que la législation française présente le mérite d'une consécration textuelle de cette nouvelle variante de vice du consentement en la rattachant ainsi à la violence.

Unanimement, on ne peut qu'observer qu'une sorte de réception apparemment indifférente du déséquilibre contractuel par le droit sénégalais. L'articulation à géométrie unique des normes contenues dans le droit commun du COCC fait abstraction de l'ensemble des situations factuelles ou conjoncturelles susceptibles d'entraîner un bouleversement de la relation contractuelle. Cependant, on ne pourra qu'admettre, avec la même ferveur qui sied pour le premier constat, que cette géométrie unique et non variable prend en compte avec une relative sensibilité le déséquilibre contractuel.

¹⁷⁹ M. MEKKI, *L'abus d'état de dépendance (article 1143 du c. civ.) quelques réflexions*, In acte de colloque sur la dépendance en droit économique, regard croisé entre le droit sénégalais et français, Dakar les 4 et 6 décembre 2019 p. 128 et s.

TITRE II : LE CONSTAT D'UNE RÉCEPTION SUBTILE DU DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL EN DROIT POSITIF SENEGALAIS

Quelle que soit le constat primitif qui transparait dans cette étude, il n'en demeure pas moins que notre droit positif, loin de botter en touche, accuse réception du déséquilibre contractuel avec une particulière sensibilité¹⁸⁰. Pour se rendre compte de cette sensibilité, il faut procéder d'une lecture minutieuse des dispositions pour desceller derrière leurs consécutions une prise en considération légale du déséquilibre contractuel (chapitre I). Cette prise en considération, en tant qu'œuvre législative, ne rend point inopportune toute tentative de perfectibilité du dispositif existant pour une meilleure appréhension du déséquilibre contractuel (Chapitre II).

Chapitre I : De la prise en considération légale du déséquilibre contractuel

La prise en considération du déséquilibre contractuel s'observe à travers un dispositif épars qu'on retrouve en droit sénégalais des contrats. En mettant en place des mécanismes censés faire obstacle à toutes situations de déséquilibre contractuel, le législateur accuse réception de ce phénomène. S'apparentant à des techniques avant-gardistes de neutralisation du déséquilibre contractuel issues du droit commun et du droit spécial (section I), le législateur n'a pas manqué d'instituer des mécanismes de traitement du déséquilibre contractuel (section II).

Section I : Les techniques avant-gardistes de neutralisation du déséquilibre contractuel

Quand bien même imprégné d'une conception volontariste, le droit des contrats ne se borne pas uniquement à assurer aux parties une expression de leur volonté. Cette conception a pour pendant l'institutionnalisation de techniques avant-gardistes destinées à neutraliser le déséquilibre contractuel dans tous types de contrats. Tantôt, elles émanent du droit commun (paragraphe 1), tantôt elles se rapportent au droit spécial accordant une attention particulière à ce phénomène dans les contrats spéciaux (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Techniques inspirées du droit commun

Le consentement des parties occupe une place importante dans l'établissement d'une relation contractuelle. Conscient que « *l'asymétrie de l'information est une donnée initiale qui limite*

¹⁸⁰ Cette réception est non seulement perceptible à travers le droit commun, mais aussi elle l'est sous le prisme du droit spécial que nous démontrerons.

la liberté contractuelle »¹⁸¹, la théorie générale n'a pas manqué de prévoir des obligations incombant aux parties dans la formation du contrat pour sécuriser leurs consentements en évitant par là même tout déséquilibre informationnel. De la formation du contrat par une protection assurée au consentement des parties (A), le refoulement du déséquilibre contractuel s'opère également sous une sorte de contrôle du contenu des conventions (B).

A. La neutralisation des déséquilibres subjectifs

Résultant que le déséquilibre subjectif est inhérent à la conclusion du contrat, il importe de rappeler que la protection du consentement est assurée avant tout par un principe général de droit selon lequel, le silence ne vaut acceptation. En effet, le déséquilibre le plus parlant est celui qui découle d'une relation contractuelle dont l'une des parties a été tenue alors qu'elle n'a point manifesté son consentement. Le défaut de consentement à travers le silence observé par l'une des parties¹⁸² annihile la validité du lien contractuel.

Primo, l'interdiction du dol est un levier par lequel le législateur bat en brèche le déséquilibre informationnel. L'article 63 du COCC dispose que « Le dol est une tromperie provoquée par des manœuvres pratiquées par un contractant à l'encontre de l'autre pour l'amener à donner son consentement. Il y-a dol également lorsque ces manœuvres exercées par un tiers contre l'une des parties ont été connues de l'autre. ». Axé autour de la notion de manœuvres, le dol renferme une action¹⁸³ et une omission¹⁸⁴. Loin de faire abstraction du dol réalisé par un acte positif, c'est plus le dol par omission qui suscitera notre attention. En effet, c'est dans un souci de protection que la conception du dol fut élargie par la jurisprudence grâce à l'ingénieux emploi du mot « manœuvres » qu'on retrouve à l'article 63 du COCC¹⁸⁵.

¹⁸¹ F. ROUVIERE, « L'analyse économique des vices du consentement : une nouvelle vision d'une théorie classique », *Revue de la recherche juridique*, 2008, p. 2488.

¹⁸² Dans une décision de 2013, La cour suprême sénégalaise est revenue sur ce principe général de droit. « En déduisant le consentement à la vente de Marie Thérèse DIATTA à la simple déclaration de Rouguy BA, de l'absence dans la cause du seul vendeur, mais également du silence supposé de Marie Thérèse DIATTA, la Cour a violé les articles visés au moyen, mais également le principe général de droit selon lequel le silence ne vaut pas acceptation » ; CS. civ. Com., arrêt n° 48, *Bull. arrêts* n°6-7, 2013. p. 53 ; CS. civ. Com., arrêt N° 49, *Bull.* n° 8, p. 54.

¹⁸³ Le dol requiert un acte positif, un acte matériel de tromperie. À l'origine, les romains avaient insisté sur la nécessité de l'élément matériel. Servius SULPICIUS, ami et contemporain de CICERON définissait le dol (*Digeste* IV, 3.1, 2) comme une « *machinatio* », le dol est à cette époque un délit.

¹⁸⁴ La notion de délit d'omission s'est développée plus tard. L'évolution de la notion du dol ne commença que le jour où la loi du 9 frimaire an II sépara le dol civil et l'escroquerie pénale.

¹⁸⁵ On doit faire remarquer ici que le terme « manœuvres » utilisé par les rédacteurs même du Code civil à l'Art. 1116 ancêtre de l'Art. 1137 actuel ne faisait pas l'objet d'une conception univoque. Il ressort des travaux préparatoires que les auteurs n'avaient entendu n'attribuer à ce mot aucune signification particulière. Favard (Fenet, t. 13, 224) déclara devant le tribunal que « La loi, qui ne peut désigner tous les cas, n'en doit désigner

Aujourd'hui, quand une des parties au contrat décide de taire une information qu'elle aurait dû communiquer¹⁸⁶, il s'installe automatiquement un déséquilibre informationnel qui interpelle une sanction de l'auteur¹⁸⁷. C'est à ce niveau que dans la jurisprudence française¹⁸⁸, la réticence dolosive fut concomitamment rattachée avec celle du défaut de contracter de bonne foi¹⁸⁹. Certains auteurs y ont vu plus une sanction de la déloyauté qu'une sanction de l'altération du consentement de l'une des parties¹⁹⁰. Toutefois, la réticence dolosive, loin de s'apparenter à un manquement d'une obligation précontractuelle, nécessite une faute intentionnelle¹⁹¹. Cette faute intentionnelle consisterait en un comportement délibéré de taire une information essentielle¹⁹². C'est ce qu'un auteur désignait de « *la volonté tendue vers un but illégitime* »¹⁹³. Du fait cependant de leurs accointances, la réticence dolosive peut s'apparenter à du *dolus bonus*, même s'il s'agit en réalité de deux concepts différents¹⁹⁴.

Secundo, parmi les vices du consentement destinés à éviter le déséquilibre de base figure la violence qui « est cause de nullité du contrat lorsqu'elle inspire à un contractant une crainte

aucun ; elle laisse aux tribunaux le soin de peser la gravité des circonstances ». V. Henry et Leon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil, t. deuxième*, éd. 2 Montchrestien, 1962, p. 154.

¹⁸⁶ Ce qui implique une preuve de l'intention dolosive. CA. Dakar, chambre commerciale, économique et financière II, 2 fév. 2012, arrêt n° 44, inédit.

¹⁸⁷ Ces sanctions peuvent être de plusieurs sortes et en l'absence d'un contrat la responsabilité de l'auteur sera appréhendée sur le fondement de la responsabilité délictuelle par une mise en œuvre de l'Art. 118 du COCC. Outre l'action en nullité du contrat, on peut engager la responsabilité délictuelle de l'auteur dont le préjudice peut se rattacher à une perte de chance ; Cs, 6 avril 2011, arrêt n° 25, inédit.

¹⁸⁸ « Manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution l'incitant ainsi à s'engager » ; Civ. 1re, 26 nov. 1991, no 90-14.978, Civ. 1re, 18 févr. 1997, no 95-11.816

¹⁸⁹ La bonne foi peut recevoir deux acceptions selon le verbe qui l'accompagne. La bonne foi est d'abord un état d'esprit « être de bonne foi », mais aussi une façon d'agir et de se comporter « agir de bonne foi ». Ce principe de bonne foi, évoqué par la jurisprudence est consacré par le rédacteur de l'ordonnance de 2016 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, 4e éd., Thémis, PUF, 2016, p. 96 et s.

¹⁹⁰ Civ. 3e, 21 févr. 2001, no 98-20.817 ; *Bull. civ. III*, n° 20, JCP 2002. II. 10027, note Jamin ; D. 2001. 2702, note Mazeaud ; *RTD civ.*, 2001. 353, obs. Mestre et Fages.

¹⁹¹ Au sens de la jurisprudence française, « le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci » ; Cass. com., 28 juin 2005, *Bull. civ. IV*, n° 140, D. 2005, p. 2838, obs. S. Amrani Mekki ; D. 2006, p. 2774, obs. P. Chauvel ; *RTD civ.*, 2005, p. 591, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹⁹² La réticence dolosive suppose la preuve de l'intention de l'auteur à taire une information, le caractère délibéré. Cependant, le manquement à une obligation précontractuelle quelconque suppose la preuve du manquement d'une obligation légale mise à la charge du contractant fautif. La cour suprême sénégalaise n'a pas manqué de sanctionner une décision de la cour d'appel de Dakar qui retenait la responsabilité dans une affaire de la SGBS sans précision sur la nature de l'obligation manquée ; CS. civ. com., *Bull. arrêts* 2012.

¹⁹³ P. Chauvel, « Réticence, obligation d'information et volonté de tromper », observations sous Cass. com., 28 juin 2005, *Dalloz*, 2006, p. 2774.

¹⁹⁴ Le « *dolus bonus* » n'est pas en soit réprimé alors que la réticence elle l'est sur le fondement du dol vice de consentement. Par exemple, il n'est pas d'usage que le vendeur attire l'attention de l'acheteur sur tous les inconvénients de la chose ; dans ce cas la réticence est assimilable au *dolus bonus*. Mais, s'il s'agit de défauts tels qu'il est normal de les signaler on devrait considérer comme dolosifs le silence gardé par le vendeur.

telle que cette personne donne malgré elle son consentement » au sens de l'article 64 du COCC. S'il nous est possible de ranger la violence dans le cadre des vices du consentement institués dans le but d'éviter le déséquilibre contractuel, c'est pour une raison évidente. L'exercice d'une contrainte sur la volonté de l'individu altère le jeu d'équilibre entre les parties. C'est pourquoi, « *Plus encore que la fourberie, notre droit réprouve la violence qui s'exerce à l'encontre d'un contractant* »¹⁹⁵. La violence supprime toute faculté de ne pas contracter, c'est ainsi qu'un déséquilibre de base s'installe. Ce déséquilibre résulte d'ailleurs de la définition que Domat a de la violence : « *on appelle force toute impression illicite, qui porte une personne contre son gré, par la crainte de quelques mal considérations, a donné un consentement qu'elle ne donnerait pas, si la liberté était dégagée de cette impression* »¹⁹⁶. En instituant la violence comme vice du consentement, le législateur est conscient du fait que le consentement reste nécessaire à la détermination du contenu du contrat. *In casus*, le modelage du contrat passe par un accord, un consensus des parties sur les clauses du contrat. Or, l'individu qui fut forcé de contracter ne peut être amené à modeler un contrat. Prise sous ces déclinaisons classiques, à savoir morale ou physique, la violence est cause de déséquilibre contractuel, ce qui est d'autant plus vrai avec l'apparition d'une nouvelle forme de violence : la contrainte économique. Il s'agit en l'espèce d'un élargissement conceptuel de la notion de violence. La tendance qui rend structurellement déséquilibrés certains contrats est l'inexistence d'un rapport de force égal entre les parties. À bien des égards, la violence, vice du consentement, peut permettre d'éviter l'existence d'un déséquilibre des prestations entre les parties. En outre, en convoquant les règles de la responsabilité civile, il est possible de voir que le législateur tend à sauvegarder l'équilibre contractuel. En cas de réticence dolosive deux actions s'offrent au contractant victime : l'action en annulation sur le fondement de l'article 86 du COCC, et l'action en réparation du dommage subi sur le fondement de l'article 118 du COCC. Ainsi, ce dernier peut décider de maintenir le contrat moyennant la réparation du dommage subi. En pareille occurrence, la loi offre le choix du maintien du contrat à travers une distinction de régime juridique de ces deux actions.

B. La neutralisation des déséquilibres objectifs

Le contrôle sur les clauses du contrat qui peut neutraliser le déséquilibre contractuel peut s'agir d'un contrôle de validité par application de la théorie de la cause, d'un contrôle de

¹⁹⁵ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, les obligations*, Dalloz 8 éd. 2002, n° 242.

¹⁹⁶ Domat, *Loix civiles, li. I, ti. XVIII, sect. II : I.*

conformité, c'est le cas d'une interprétation des clauses, ou encore d'un contrôle dérivant de la force obligatoire quand il est question d'analyser le respect du contenu obligationnel.

Dans la théorie générale, le législateur sénégalais a fait de la « cause licite pour le contrat et les obligations qui en résultent »¹⁹⁷ une condition de validité du contrat. Pour comprendre ce rôle que la cause joue dans la neutralisation du déséquilibre contractuel, il faut revenir sur cette notion au contenu variable¹⁹⁸. Succinctement, la cause fait l'objet d'une double appréhension¹⁹⁹ : la cause du contrat²⁰⁰ et la cause de l'obligation²⁰¹. Cette cause de l'obligation dite cause objective qui permet une meilleure appréhension du rôle que la cause joue dans la neutralisation du déséquilibre résultant des prestations.

Dans les contrats, plus précisément ceux onéreux, le débiteur ne s'engage qu'en considération d'une contre-prestation. Par cette relation basique, il est possible pour le juge d'effectuer un contrôle de l'équilibre des prestations²⁰² pour faire une analyse de proportionnalité. Le juge peut alors se servir de la théorie de la cause pour desceller et sanctionner les clauses abusives. C'est ainsi que dans le célèbre arrêt *Chronopost*²⁰³, on remarque que le juge a fait recours à la théorie de la cause grâce à l'article 1131 du Code civil, équivalent de l'article 77 du COCC²⁰⁴, jurisprudence consolidée par l'article 1170 du code Civil issu de la réforme de 2016. Si une clause déséquilibre gravement le contrat au profit du professionnel, on pourrait considérer que l'obligation du consommateur n'a plus de contrepartie véritable et donc qu'elle est nulle pour absence de cause. Dans une jurisprudence de 2010, la chambre commerciale de la Cour de

¹⁹⁷ V. Art. 47 du COCC.

¹⁹⁸ En effet, suivant la conception du droit Romain, canonique, celle de DOMAT, du Code civil et celle des anti-causalistes au XIX siècle sur la notion de cause, on ne peut remarquer qu'une évolution de cette notion.

¹⁹⁹ Sous l'angle de la cause du contrat, celle considérée comme concrète et vivante, l'accent est mis sur les mobiles déterminants et impulsifs ayant poussé les parties à passer un contrat. Sous l'angle de la cause de l'obligation, celle considérée comme abstraite, l'accent est mis sur les obligations prises individuellement.

²⁰⁰ Dans les contrats à titre onéreux, l'auteur DOMAT met l'accent sur la cause de l'obligation et non celle du contrat, passant sous silence les mobiles qui ont déterminés les contractants. Une telle position empêchait au juge de pouvoir contrôler la licéité et la moralité des mobiles motifs pris de la sécurité des contrats.

²⁰¹ Notons que pour des auteurs comme Planiol, la cause de l'obligation était inutile et fautive.

²⁰² Si ce contrôle se justifie pour certains par la prise en compte de la morale dans le contrat, d'autres évoquent eux la justice contractuelle ou encore l'utilité économique comme fondement à ce contrôle.

²⁰³ Dans cette jurisprudence, si l'inexécution de l'obligation de livraison en temps et en heure n'était pas contestable, en revanche, la cour d'appel a fait application de la clause limitative de responsabilité selon laquelle les dommages et intérêts dus par Chronopost ne pouvaient excéder le prix du transport, considérant que celle-ci n'avait pas commis de faute lourde. La cassation de l'arrêt, sous le visa de l'Art. 1131 du Code civil, est remarquable : « *En statuant ainsi, alors que spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Banchemer dans un délai déterminé et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite* » ; Cass. com., 22 oct. 1996, JCP éd. G 1997, II, 22881, note D. Cohen.

²⁰⁴ L'Art. 77 du COCC dispose que « *l'absence de cause pour l'une des obligations nées du contrat rend celui-ci annulable. Le contrat est valable bien que la cause de l'obligation ne soit pas exprimée. (...)* ».

cassation française décide que les juridictions inférieures devaient analyser, comme ils y étaient invités, « *si l'évolution des circonstances économiques [...] n'avait pas eu pour effet [...] de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature [...] et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit [...], ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation* »²⁰⁵. Bien que battu en brèche par les tenants de la théorie causaliste²⁰⁶, la conception objective de la cause a subi un renouveau, une transformation. Désormais, on parle d'une subjectivisation de la cause objective, ce mouvement fait désormais appel à la notion d'économie du contrat. Il peut être possible de voir une relation entre cette nécessité de voir chaque obligation du contrat avoir une cause et la sanction du contrat de vente dont le prix est dérisoire²⁰⁷.

Ensuite, il faut préciser que l'équilibre contractuel entre les parties peut être neutralisé par le jeu de l'interprétation *in favorem*. Dans le cas où la recherche de la commune intention des parties au sens de l'article 99 du COCC est impossible²⁰⁸, que dans l'hypothèse où l'interprétation des clauses les unes par les autres ou selon les usages se révélerait impossible, alors la solution ultime que l'article 103 du COCC propose reste salvatrice : interpréter le contrat en faveur de la partie qui s'oblige. Ainsi, cette forme de protection, dont l'utilité n'est plus à démontrer dans les contrats, de surcroît dans ceux d'adhésion, se révèle efficace pour contrebalancer les rapports.

Enfin, il faut voir dans le contrôle du respect des clauses du contrat une possibilité de neutralisation du déséquilibre contractuel. Ainsi, le COCC s'inscrit dans une dynamique de préserver l'équilibre contractuel en offrant au créancier une mesure proportionnée à la gravité de l'inexécution qu'un débiteur lui fait subir²⁰⁹. En sus de quoi s'ajoute un autre mécanisme qui permet à l'un des contractants de pouvoir se délier d'un contrat sans résolution ou résiliation de ce dernier. C'est un autre outil de justice privée articulé sur le risque. L'article 108 du COCC qui dispose que « dans les contrats synallagmatiques, lorsque l'une des parties est dans l'impossibilité d'exécuter sa propre prestation, l'autre est déliée du contrat ». Il s'agit d'une disposition intéressante dans la mesure où, quand une lecture lui est associée avec

²⁰⁵ Com. 29 juin 2010, n° 09-67.369, inédit.

²⁰⁶ On la reprocha d'être une conception inutile car, en partie, dans certaines catégories de contrats comme ceux unilatéraux à titre onéreux, son application était imparfaite.

²⁰⁷ V. Art. 268 du COCC.

²⁰⁸ Il faut que cette interprétation puisse rester impossible, au cas échéant la décision du juge qui passe outre la volonté des parties encourrait cassation. « *Ainsi, la Cour d'Appel en ne prenant pas en compte intégralement la volonté des parties dans l'interprétation du contrat en n'examinant même pas toutes les dispositions du procès-verbal en particulier le préambule et les engagements des parties a violé les dispositions de l'article 99 du COCC.* » ; CS. civ. Com., arrêt n° 95, *Bull. arrêts* n°6-7, p. 52.

²⁰⁹ J. MESTRE, *L'exception d'inexécution doit demeurer une riposte proportionnée et raisonnable*, *RTD civ.*, 1996, p. 395.

l'article 96 du même code on comprend l'exception apportée au caractère irrévocable du contrat légalement formé. Pour surenchérir, il est à constater que même en cas d'inexécution du contrat, la loi a instituée un mécanisme permettant de maintenir l'équilibre contractuel. Bien que l'inexécution d'une obligation contractuelle donne au créancier un pouvoir étendu contre le débiteur contractuel²¹⁰, il n'en demeure pas moins qu'à la lecture de l'article 105 du COCC, on se rend compte que le débiteur défaillant peut exécuter le contrat en cours d'instance. Cette faculté offerte au débiteur renseigne sur le souci législatif de sauvegarde de l'équilibre contractuel.

Cependant, remarque-t-on que malgré les instruments de correction du déséquilibre contractuel inspirés du droit commun, l'office du droit spécial demeure beaucoup plus important.

Paragraphe 2 : Les techniques émergentes du droit spécial

Le droit spécial représente le lieu où l'office de la loi reste accru dans le traitement et la neutralisation du déséquilibre contractuel. En effet, il peut être remarqué que ce dernier, en constante évolution²¹¹, est emprunté d'une forte marque de lutte contre le déséquilibre contractuel²¹². Le traitement légal du déséquilibre contractuel est demeuré l'apanage de législations spéciales protectrices d'intérêts particuliers parmi lesquels celui du consommateur voire du non-professionnel, celui du locataire, de l'emprunteur, de la caution. Les réponses du droit des contrats spéciaux restent inhérentes au fait que, d'une part, le législateur a opté pour une approche consistant en un dirigisme contractuel (A) avant d'utiliser le droit spécial comme une lance à l'assaut contre les clauses abusives (B).

A. Le développement du dirigisme contractuel

Volonté expresse du législateur, le droit spécial est le siège du dirigisme contractuel. Le fait étant qu'« à l'égalité théorique, désormais rompue dans les faits, il fallait substituer l'égalité

²¹⁰ Pouvoirs appréciables au terme des Art. 06, 104, 105, 118 du COCC.

²¹¹ « Le droit positif doit rester chose vivante. Or, vivre c'est se mouvoir et se transformer. Pour le droit c'est plus encore : c'est lutter, en vue d'une parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale. Cette vie, cette lutte, supposent et impliquent un organisme, incessamment productif, qui reçoive tous les éléments du dehors, et les élabore, en lui-même, pour les projeter ensuite dans son champ d'activité propre. De cette façon, seul le droit peut rester maître du mouvement, qu'il doit sans cesse diriger » ; F. GENY, *Méthodes d'interprétations et sources du droit positif*, t. 1, *op cit.*, p. 225- 226.

²¹² Ce constat est partagé même en France. V. Victoire Lasbordes, *retour sur les contrats déséquilibrés après l'ordonnance n° 2016- 131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations Contribution*, *op. cit.*, p. 312.

effective en instituant une politique de réglementation et d'interventionnisme (...) »²¹³, il s'est vite posé la question d'une immersion de la réglementation contraignante dans le domaine contractuel. Le dirigisme contractuel traduit ainsi cette pratique par laquelle le législateur impose sa volonté aux contractants dans la détermination du contenu du contrat au moyen de l'édition de règles impératives. Aujourd'hui, les règles impératives se sont donc multipliées jusqu'à détacher certains contrats, tel le contrat de travail ou le contrat d'assurance, voire certaines relations contractuelles comme celles qui unissent les professionnels et les consommateurs, du droit commun. La liberté quant au contenu du contrat est donc allée en s'amenuisant dans les relations structurellement inégalitaires, le législateur s'étant assigné la tâche de régir tout ou partie du contenu de ces relations afin de les rééquilibrer. L'ordre public n'est donc plus seulement prohibitif. Il ne se contente plus uniquement d'interdire certaines clauses, il se fait également prescriptif en imposant parfois un certain contenu.

Le dirigisme contractuel peut se manifester sous plusieurs formes dans son application par le législateur. Il peut s'agir d'une obligation faite aux parties de conclure un contrat sous des conditions de formes particulières, de l'insertion de certaines mentions obligatoires, de la stipulation de clauses déterminées par la loi ou de la reproduction dans l'acte de dispositions légales ou réglementaires. Dès lors, plusieurs contrats ont subi une refonte dans leurs réglementations spéciales. Si nous nous penchons sur les contrats régis par le droit OHADA, sans prétendre à une quelconque exhaustivité, on peut desceller le reflet du dirigisme contractuel. Les contrats de sûretés peuvent d'abord nous servir d'exemple. Le cas du cautionnement est édifiant sur le dirigisme contractuel en termes de formalisme exigé. Le droit OHADA fait de la mention manuscrite une règle spécifique du cautionnement²¹⁴. Dans certains contrats, comme les actes portant sur des fonds de commerce régis par l'article 149 AUDCG²¹⁵, le législateur impose à titre de validité de la cession d'un fonds de commerce l'établissement d'un acte. Dans la vente commerciale, il est heureux de constater la

²¹³ L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.*, 1937, p. 4.

²¹⁴ Par extension, la recherche de l'équilibre contractuel a exigé dans le contrat de cautionnement une assistance de la caution par des certificateurs. Nonobstant les divergences existantes entre la CCJA et la Cour suprême Sénégalaise sur la portée de la présence obligatoire de ces certificateurs de caution, il n'en demeure pas moins que ces deux juridictions exigent leur présence pour la validité de l'acte de l'illettré. V. A. T. Ndiaye, « *Affaire Bocar Samba DIEYE c/ CBAO : Réflexions sur la protection de l'illettré par Le COCC* », in Nd. Diouf, M. B. Niang et A. A. Diouf, (sous-dir.), *Le Droit Africain à la quête de son identité, Mélanges offerts au Professeur Isaac Yankhoba Ndiaye, Harmattan*, p.760 ; Cass. civ. com., 03 juillet 1996, n°128 ; Amadou Diallo / U.S.B. ; CCJA, 24 janvier 2019, n° 012/2019, Nare Guibrina, obs. T. Baldé, Lexbase Afrique-OHADA, 2019, n°27 ; CCJA, 27 décembre 2018, n° 279/2018, Bocar Samba Dieye ou DIEW c/ CBAO Groupe Attijariwafa Bank SA.

²¹⁵ Art. 149 de L'AUDCG « La vente d'un fonds de commerce peut être réalisée soit par acte sous seing privé soit par acte authentique (...) ».

consécration de la bonne foi dans les relations contractuelles, un standard juridique garant de la loyauté réciproque des parties au contrat.

Le contrat d'assurance encadré par le Code CIMA n'échappe pas au dirigisme contractuel. D'abord, on constate l'existence d'une obligation d'information entre les parties au contrat d'assurance. Dans ce type de contrat, les parties se doivent une obligation d'information. L'article 6 du Code CIMA impose à l'assureur d'informer l'assuré sur les prix, les garanties, les exclusions. De la même façon, dans l'exécution du contrat, l'assuré est, lui aussi, tenu de communiquer à l'assureur toutes circonstances nouvelles de nature à modifier le risque garanti. L'article 6 du code CIMA permet de desceller une sorte de rétablissement de l'équilibre contractuel du fait qu'à la base le contrat d'assurance est un contrat d'adhésion préétabli par l'assureur. Ainsi, la forme de justice corrective que cette disposition propose s'apparente à bien des égards à une prise en compte de l'équilibre contractuel. En outre, la manifestation du dirigisme contractuel se traduit ici par le fait que l'article 8 du Code CIMA impose des mentions obligatoires qui doivent figurer dans la police d'assurance. La loi requiert un certain nombre d'exigences juridiques dans le contenu du contrat d'assurance responsabilité civile. Les parties en cause ont non seulement l'obligation de prévoir certaines stipulations contractuelles, mais elles doivent aussi éviter d'en insérer certaines. À s'en tenir à l'article 52 du Code CIMA, on se rend compte de l'approche ambivalente du législateur qui, en exigeant la présence de certaines stipulations, en interdit d'autres dans la police d'assurance. *De jure*, les parties dans un contrat d'assurance responsabilité civile doivent prévoir en ce qui concerne la garantie qu'« aucune déchéance motivée par un manquement de l'assuré à ses obligations commis postérieurement au sinistre ne sera opposable aux personnes lésées ou à leurs ayants droit ». L'exigence d'une telle stipulation serait la cause pour laquelle certains considèrent l'assurance responsabilité comme un mécanisme qui protège les tiers au contrat²¹⁶. En principe l'assureur et son assuré peuvent, même si cela est encadré²¹⁷, prévoir des clauses de déchéance en cas de non accomplissement de certaines obligations par l'assuré²¹⁸. Dans pareille hypothèse, l'assurance en responsabilité civile doit contenir expressément dans sa police une interdiction d'apposer une déchéance²¹⁹ pour cause de manquement de l'assuré à ses obligations postérieurement au sinistre. En sus de cela, une

²¹⁶ Non des tiers bénéficiaires d'un contrat d'assurance, mais ceux victimes en assurance de responsabilité.

²¹⁷ De telles clauses doivent non seulement être écrites de manière apparente (Art. 08 du Code CIMA), et sont très encadrées (Art. 20 du Code CIMA) par la prohibition de certaines clauses de déchéance.

²¹⁸ On peut retenir comme obligation inexécutées : Déclaration tardive au cas de sinistre par l'assuré, prévu par une clause, l'assureur devra montrer que cette déclaration tardive lui causée préjudice.

²¹⁹ C'est-à-dire de rendre la garantie inefficace.

lecture de la même disposition pose une seconde condition relative toujours à la police d'assurance, « Elles ne doivent contenir aucune clause interdisant à l'assuré de mettre en cause son assureur ni de l'appeler en garantie à l'occasion d'un règlement de sinistre », dispose-t-elle. Plutôt favorable ici à l'assuré, le législateur entend ici couvrir la responsabilité de l'assuré et mettre à la charge de l'assureur toutes conséquences pécuniaires découlant de la mise en œuvre de la responsabilité de celui-ci.

Enfin, les contrats de consommation présentent un intérêt certain en rapport avec le dirigisme contractuel. Le schéma classique étant que dans les contrats de consommation les rapports de forces ne sont pas les mêmes, une partie dans ce type de contrat mérite d'être protégée au regard de son statut²²⁰. Actuellement, il existe dans le droit positif sénégalais un vrai dirigisme contractuel en droit de la consommation. Pour illustration, le contrat de bail et de prêt²²¹ permettent de voir la résurgence d'un formalisme protecteur. Ce dirigisme contractuel reste le gage contre tout déséquilibre dérivant d'un unilatéralisme contractuel. En sus, la loi sur les transactions électroniques oblige toute personne exerçant le commerce électronique d'informer son contractant sur certains éléments²²².

B. La réinvention de la lutte contre les clauses abusives

Il faut constater que le dirigisme contractuel n'a pas suffi pour endiguer le déséquilibre contractuel, nonobstant toutes ses manifestations protectrices et directrices²²³. Face à un dirigisme contractuel poussé, les acteurs de la vie économique des affaires ont redoublé d'efforts afin de maintenir leurs dominations sur les contractants faibles. Sous couvert par la force obligatoire des conventions²²⁴, la voie la plus légitime de parvenir à cette domination fut de stipuler des clauses instaurant plus ou moins un déséquilibre contractuel transparent. Ainsi, les contrats d'adhésion sont de plus en plus établis en faveur du cocontractant dominant. Sur ce, le moyen propice fut de maintenir cette domination en contrôlant le contenu du contrat. C'est ainsi qu'avec l'émergence des contrats d'adhésion, les clauses abusives se sont

²²⁰ Son statut de consommateur entraîne une particulière attention à son égard.

²²¹ V. les Art. 525 et s du COCC, pour le prêt d'argent aux fins d'usage à la consommation l'Art. 542 dispose que : « Le prêt stipulé avec intérêt, lorsqu'il a été fait en argent, doit faire l'objet d'un contrat écrit, visé par un notaire ou un fonctionnaire devant lequel a lieu la numération des deniers en présence des parties ».

²²² V. article 24 de la loi sur les transactions électroniques, les Art. 8, 9 et 20 du décret relatif au commerce électronique.

²²³ Protectrice, car le dirigisme contractuel a vocation très souvent de protéger une partie dite faible au contrat, directrice, car le même dirigisme contractuel fixe le comportement des parties au contrat.

²²⁴ En effet, la force obligatoire des conventions (Art. 96 du COCC) a comme conséquences le respect du contenu du contrat une fois formé.

multipliées dans les conventions entre les particuliers. Le contrat ne devrait plus être laissé à la libre volonté des parties, car cette fameuse présomption d'équilibre automatique des contrats ne devenait plus une réalité.

Une clause est considérée comme abusive quand elle instaure un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des deux parties. En matière de droit de la consommation, le consommateur est souvent victime d'abus dans ses relations contractuelles avec un professionnel en raison d'une infériorité d'un pouvoir économique et intellectuel à l'avantage du professionnel. D'où l'existence pléthorique de clauses abusives, surtout en matière de droit de la consommation. C'est au vu de cette constatation que le législateur sénégalais s'est toujours attelé à régir ce droit en apportant des mécanismes destinés à protéger le consommateur afin d'éviter les cas de déséquilibre contractuel. Cette protection est assurée et mise à jour par la loi n° 2021-25 du 12 avril 2021 relative aux prix et à la protection du consommateur qui fut adoptée afin de renforcer la protection du consommateur sous toutes ses formes. À lire cette loi, on observe que le législateur pose les jalons de l'identification et de la répression des clauses abusives, mais de surcroît, on assiste à la réforme du Conseil national de la consommation et l'institution d'un observatoire national des clauses abusives.

À titre de droit comparé, en France, c'est le droit spécial comme au Sénégal qui s'est d'abord saisi de la question avant que la théorie générale suive le mouvement²²⁵. Sauf que, loin de cantonner le cadre des clauses abusives dans les seuls contrats de consommation, la loi étend leurs domaines dans tous les contrats d'adhésion²²⁶. À la lecture de l'article 1117 suite à l'ordonnance de 2016, on remarque que la terminologie clause abusive est substituée à celle de clauses créant un « *déséquilibre significatif* ». En droit sénégalais, les articles 15 et suivants de la loi de 2021 sur les prix et la protection du consommateur consacrent le déséquilibre significatif. Cette dite consécration rentre dans cette logique de munir le juge d'un instrument efficace pour assurer le contrôle du contenu du contrat et sanctionner le déséquilibre contractuel.

²²⁵ L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations prévoit en son Art. un nouvel Art. 1171 que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.* ». Nouvelle version du Code civil disponible sur : [Légifrance \(legifrance.gouv.fr\)](https://legifrance.gouv.fr), site consulté le 04/06/2023.

²²⁶ Étant entendu que le contrat d'adhésion est conformément à l'article 1110 al. 2 du Code civil, « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ».

En droit sénégalais, avec la loi de 2021, il est désormais institué un organisme dénommé observatoire national des clauses abusives ci-après (ONCA)²²⁷. Au sens de l'article 152 de cette dite-loi : « L'observatoire national des clauses abusives a notamment pour mission : « De rechercher, dans les modèles de contrats habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs et/ou auprès des consommateurs, les clauses qui peuvent présenter un caractère abusif et, le cas échéant, d'émettre des recommandations, éventuellement rendues publiques, tendant à obtenir la suppression ou la modification des clauses ».

À travers un tel organe, on constate que le législateur ne s'attache pas uniquement à émettre une réglementation contre les clauses abusives, mais ce dernier, parachève son œuvre législative²²⁸, en instituant un observatoire afin de protéger les consommateurs contre le déséquilibre contractuel découlant de clauses abusives. De tout temps, il a existé des organes qui concourent à la lutte contre les clauses abusives²²⁹. Toutefois, ces organes, au lieu d'être orientés vers le contenu du contrat, se penchaient plus sur le statut des parties au contrat. Désormais, c'est davantage le contenu du contrat qui constitue le soubassement de l'action de la loi et de tels organes, d'où la justification de nos propos introductifs, à savoir la substitution du droit de classe par un droit décroisé.

En outre, la consécration de la bonne foi par certains textes du droit positif laisse refléter un autre souci de protection contre les clauses abusives. Soumettre les contractants à « se conformer aux exigences de la bonne foi »²³⁰, c'est leur prescrire de ne pas profiter de sa situation de monopole ou de sa puissance économique pour imposer à l'autre contractant certaines conditions léonines. À titre de droit comparé, les tribunaux (allemands) utilisent directement ce principe pour éliminer les déséquilibres contractuels les plus choquants²³¹.

²²⁷ L'établissement de cet observatoire rentre dans le but pour le législateur sénégalais d'atteindre ses objectifs fixés dans le préambule de cette loi citée à savoir : « Ce projet de loi dont l'objectif est d'accentuer davantage la protection du consommateur sous toutes ses formes, apporte des innovations majeures en parfaite cohérence avec les lignes directrices des Nations unies sur la protection des consommateurs et les standards internationaux en la matière ».

²²⁸ « Quand le législateur empêche l'adhésion irréfléchie, [...] arrête l'abus de droit, il défend au fond l'idée de force contractuelle et il peut se flatter de parachever l'œuvre du Code Civil » ; G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1935.

²²⁹ Il peut s'agir d'organes de régulations ou d'associations de consommateur.

²³⁰ V. Art. 237 AUDCG.

²³¹ A. RIEG, « La lutte contre les clauses abusives des contrats (Esquisse comparative des solutions allemande française) », in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 221 s.

Section II : Le techniques de traitement du déséquilibre contractuel

Le déséquilibre contractuel fait l'objet de plusieurs réponses de la part du droit. Sa neutralisation voulue par la loi s'accompagne inéluctablement de mécanismes de traitement. Dans les relations contractuelles, on peut distinguer deux modes de traitement du déséquilibre contractuel suivant leurs natures. Soit, il s'agira du traitement d'un déséquilibre contractuel fondé sur la commune volonté des parties (Paragraphe 1) ou d'un traitement dénué de toute volonté commune des parties (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'adaptation conventionnelle

Comme nous l'avons observé, le déséquilibre contractuel peut provenir d'un changement imprévisible des circonstances. En pareille hypothèse, ce n'est ni la supériorité d'un cocontractant, ni un abus de dépendance qui crée le déséquilibre, mais plutôt un déséquilibre imputable à un concours de circonstances. Pour éviter un tel résultat, il est possible pour ces derniers d'apporter un traitement opportun à ce type de déséquilibre. Ce traitement peut revêtir ainsi deux formes. Tantôt, c'est un traitement préventif (A) par une éventuelle prise en compte du déséquilibre, tantôt, c'est un traitement curatif (B) par un déploiement de techniques destinées au traitement du déséquilibre survenu.

A. L'adaptation préventive

Le besoin de sécurité juridique a toujours été mis au-devant de la scène contractuelle afin de protéger les contractants. D'où d'ailleurs la consécration d'une force obligatoire des conventions par la théorie générale. L'idée est que les personnes qui se sont liées acceptent de revêtir leurs obligations d'une force exécutoire semblable à celle d'une loi. Cependant, force est aussi de reconnaître avec la même conviction qu'une personne qui s'engage le fait en fonction d'un ensemble d'éléments extérieurs ou de conditions préétablies ayant incité l'octroi de son consentement. Dès lors, le changement de ces éléments²³² peut être la cause d'un préjudice que subira une des parties si le contrat de base reste comme tel. Ainsi, quand bien même le respect des obligations des parties constituerait une source de sécurité juridique, il

²³² Changement de législation entraînant une augmentation des coûts d'approvisionnement ou de fabrication (embargo, nouvelles taxes, contraintes environnementales...) ou à l'inverse ouvrant à la concurrence un marché jusque-là réglementé, guerre, cataclysme, révolution technologique, évolution des cours de la monnaie ou des matières premières, etc.

n'en demeure pas moins que l'absence de prise en compte de l'imprévision²³³ se révèle aussi être une cause d'insécurité juridique.

Conscient de la possible survenance d'un tel événement susceptible de bouleverser l'économie d'un contrat, les futurs contractants, en bons partenaires avisés, peuvent prévoir conventionnellement des clauses destinées à traiter un tel déséquilibre contractuel. L'admission de la clause *rebus sic stantibus*²³⁴ n'ayant pas été consacrée, les parties doivent stipuler explicitement des clauses de traitement du déséquilibre. Ceci fait que, de plus en plus, il existe une tendance consistant à prévoir dans les contrats de longue durée des clauses de renégociation ou d'adaptation du contrat afin de contourner la rigueur de la force obligatoire au sujet de la théorie de l'imprévision en droit privé²³⁵. Le soubassement juridique de la consécration de telles clauses se trouve dans l'affirmation de la liberté contractuelle par l'article 42 du COCC. Sous réserve de l'ordre public et des bonnes mœurs, les parties au contrat sont habilitées à prévoir dans leurs contrats des clauses destinées à se porter rempart contre tout déséquilibre contractuel dû au changement imprévisible des circonstances.

Dans l'état actuel de la théorie générale du droit des contrats sénégalais, il n'existe aucune consécration d'office de l'obligation de renégociation du contrat, quand bien même l'exécution du contrat serait devenue excessivement onéreuse du fait de la survenance d'un changement de circonstances imprévisibles. En d'autres termes, on reste toujours sur la position de la jurisprudence l'arrêt *canal de craponne* selon laquelle il n'appartient pas au juge, quoique équitable que puisse être sa décision, de tenir compte du temps et des circonstances pour modifier un contrat légalement formé.

Comparaison faite, on constate que la codification est dans une logique constante de prise en compte du déséquilibre contractuel. Dans l'ordonnance de 2016, le nouvel article 1195 dispose : « 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 (...). ». Désormais, en droit

²³³ Le terme même d'imprévision a été forgé pour désigner des hypothèses où les parties n'ont pas prévu que le contexte de conclusion changerait à un tel point que le contrat s'en trouverait déséquilibré.

²³⁴ Du latin, « choses demeurant en l'état », la clause *rebus sic stantibus* est invoquée, en droit privé, pour fonder la théorie de la révision pour imprévision. Elle serait sous-entendue dans les contrats à exécution successive et impliquerait que les parties ne soient engagées que pour autant que les circonstances essentielles qui ont justifié la conclusion de ces derniers demeurent en l'état et que leur changement n'altère pas radicalement les obligations initialement acceptées.

²³⁵ I. Y. NDIAYE, *Cours de droit des obligations* (Sénégal), UCAD, inédit, p.65.

français, l'institution légale d'une possibilité de renégociation du contrat en cas d'imprévision est d'office consacrée.

Deux types de clauses ce sont développées en pratique²³⁶, les unes faisant varier automatiquement le montant de la prestation monétaire en fonction de l'évolution d'indices extérieurs, les autres prévoyant, en cas de changement de circonstances imprévues, une procédure non automatique d'adaptation. Ces deux types de clauses permettent aux parties de traiter un déséquilibre contractuel après sa survenance. En substance et au sens de l'article 186 du COCC, les clauses d'indexation sont celles faisant varier l'objet de l'obligation, notamment le montant de l'obligation de somme d'argent en fonction de l'évolution d'indices mesurant le prix d'un produit ou d'un service déterminé ou le niveau général des prix. Quant aux clauses d'adaptation non automatique il s'agit de clauses dans lesquelles les parties peuvent prévoir contractuellement des modalités particulières tendant à l'adaptation du contrat en cas de modification des circonstances entraînant un bouleversement de l'équilibre contractuel. Ces clauses, qu'on a pu qualifier de clauses *rebus sic stantibus* expresses, sont particulièrement fréquentes dans les contrats de commerce internationaux, où elles portent le nom de clauses de *hardship*, ce qui se traduit par « *clause de sauvegarde* »²³⁷.

Ainsi, à travers ces types de clauses, les parties peuvent éviter un éventuel déséquilibre contractuel dû au changement de circonstances imprévisibles. La liberté contractuelle comme outil de contournement de l'imprévision s'avère être efficace dans la prévention du déséquilibre. Toutefois, face à un déséquilibre non pris en compte par des clauses contractuelles, les parties peuvent néanmoins déployer des mécanismes curatifs de traitement.

B. L'adaptation curative

En l'absence de clauses d'indexation ou de clauses d'adaptation non automatique, les parties, face à un contrat devenu déséquilibré du fait d'un changement imprévisible des circonstances, peuvent opter pour une mise en œuvre de l'article 97 du COCC. En effet, cette disposition prévoit que « le contrat ne peut être révisé ou résilié que du consentement mutuel des parties ». Toujours emprunté par le souci de préserver la stabilité d'un contrat, le législateur sénégalais n'a pas jugé opportun de légitimer la modification des obligations par une intervention du juge. Ainsi, dans l'état actuel du droit sénégalais ne subsiste pour assurer la

²³⁶ FABRE, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, RTD civ., 1983. 1.

²³⁷ V. OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship »*, JDI 1974. p. 794.

pérennité d'un contrat que la volonté des parties, toute ingérence du juge étant prohibée. Cette situation que l'article 97 du COCC pose entend exclure toute possibilité de révision d'office du contrat en cas de survenance d'un déséquilibre dû à une imprévision. Il s'agit l'expression manifeste selon laquelle ce que la volonté a fait, seule la volonté peut le défaire²³⁸. On se rend particulièrement compte que de par cette disposition, la pérennité du contrat est subordonnée à la volonté des parties. En disposant que « le contrat ne peut être révisé », il peut y être déduit que le législateur entend faire jouer cette disposition que dans l'hypothèse où les parties n'ont pas prévu conventionnellement la possibilité d'une telle révision. Révisé un contrat suppose la survenance de facteurs qui entraînent comme conséquence l'inadéquation ou l'inadaptabilité de ce qui fut librement convenu. On peut certes admettre que ce consentement mutuel puisse bien se manifester par des clauses contractuelles, mais une *ratio legis* de la disposition exige que cette assertion soit comprise dans l'instantanée, c'est-à-dire le moment où la nécessité de réviser se pose sans stipulation de clause de révision. Par la même, la formulation de l'article 97, en exigeant « le consentement mutuel des parties », exclut toute possibilité d'admission de la *rebus sic stantibus*²³⁹. En effet, le consentement mutuel des parties suppose un consentement manifeste, il peut s'exprimer de quelque manière que ce soit, mais étant une manifestation de volonté ne doit laisser aucun doute sur l'intention de son auteur. Cette clause étant sous-entendue, tacite, dont la loi n'a pas prévu une consécration nonobstant une volonté déclarée, doit être rejetée comme soubassement de la révision d'un contrat devenu déséquilibré du fait des circonstances. Dans une jurisprudence de la cour suprême, les juges ont réaffirmé la rigueur de cette disposition. À la suite de sa dissolution, une société avait brandi l'argument de la rupture unilatérale du contrat le liant à un cocontractant du fait de cette dissolution. Si en première instance et en appel cet argument prospère, la vigilance de la juridiction suprême a su affirmer « *Qu'en statuant ainsi, alors que l'irrévocabilité du lien contractuel et la survie de la personnalité du GIE pour les besoins de sa liquidation s'opposent à la rupture du contrat du seul fait de la dissolution, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »²⁴⁰.

²³⁸ En droit français ce fut la dynamique depuis l'arrêt du canal de Craponne, la cour de cassation maintenait sa position chaque fois qu'elle était sollicitée que notamment la révision d'un contrat était impossible en cas d'imprévision.

²³⁹ JOSSERAND, en 1927, admet, par un raisonnement fondé sur la volonté implicite des parties (*rebus sic stantibus*), que la révision puisse être fondée lorsque « des événements inattendus véritables circonstances extraordinaires qui ont surgi depuis leur conclusion et qui sont venus fausser brutalement l'économie de la combinaison, brutalement désaxée », *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927, Dalloz, N° 120.

²⁴⁰ CS. civ. com, arrêt n° 69 du 17 août 2016, *Bull arrêt* 2016.

Les suites qui peuvent découler de l'article 97 en rapport avec la révision pour imprévision sont de deux, soit alors il n'y a pas un consentement mutuel auquel cas la révision n'intervient pas, soit il y'a un consentement mutuel et la révision du contrat se fait. Nous allons analyser successivement ces deux issues qui peuvent découler de cette disposition.

Dans la première hypothèse, il s'agit de la situation où il n'existe pas un consentement mutuel²⁴¹ sur la révision d'un contrat dont l'exécution est devenue onéreuse pour une partie et alors deux solutions se pointent. Le cocontractant qui a vu sa prestation devenir impossible à exécuter peut décider de ne plus exécuter celle-ci. Dans ce cas, au vu de la position du législateur Sénégal, l'autre contractant peut mettre en œuvre les mécanismes prévus aux articles 104 et 105 du COCC qui laissent peu de probabilité à la survie de la relation contractuelle. Dans la deuxième hypothèse où il existe un consentement mutuel, les parties au contrat étant animées par l'intention de poursuivre en bons termes leur relation contractuelle, alors ces derniers procèdent à une révision du contrat. Contrairement en droit français où non seulement la révision du contrat par sa renégociation est encadrée par le nouvel article 1195, en droit sénégalais, le législateur ne renseigne pas sur les modalités de la révision du contrat²⁴². À ce titre, il nous sera possible d'envisager deux mécanismes de révision dans une pareille situation. Le consentement mutuel ne porte que sur la révision, alors les parties vont contracter de nouveau en échangeant sur les clauses du contrat dont l'inadaptation est à l'origine même de la révision du contrat. Autrement, le consentement ne porte pas uniquement sur la révision, mais telle une autre convention, les parties décident de réviser le contrat selon un processus bien défini.

Par contre, il est possible de voir dans des textes spéciaux une brèche permettant de pouvoir réviser d'office le contrat en cas d'imprévision nonobstant toute absence de volonté des parties. Cette brèche consisterait dans l'exigence de bonne foi à laquelle les contractants sont tenus. L'article 237 de L'AUDCG prévoit que « les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elles ne peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée ». À partir de cette exigence de bonne foi, le juge peut décider qu'il relève de la portée de la bonne foi que les parties renégocient un contrat devenu déséquilibré du fait d'un changement de circonstances. En effet, si on remonte en arrière dans la jurisprudence de la cour de cassation, on remarque une utilisation de la notion de bonne foi pour rééquilibrer des contrats

²⁴¹ L'inexistence de ce consentement mutuel peut avoir plusieurs justifications, mésentente, impossible conciliation des intérêts des parties, etc...

²⁴² Un aboutissement de l'avant-projet de droit des obligations de l'OHADA aurait permis de voir une net apport dans ce sens. V. Art. 161 *in fine*.

qui étaient devenus déséquilibrés du fait d'un changement de circonstances. Dans un très remarqué arrêt Huard de 1992²⁴³, la Cour de cassation soutient une Cour d'appel d'avoir décidé qu'une société pétrolière avait manqué à son obligation de bonne foi en refusant de passer avec un de ses distributeurs agréés un accord de coopération qui lui aurait permis de surmonter les difficultés liées à la libéralisation du prix de l'essence et à l'impossibilité en résultant pour ce distributeur de faire face à la concurrence compte tenu des prix que lui imposait la compagnie pétrolière. Dans cet arrêt, la solution ne consiste pas à réviser le contrat, mais à accorder à l'exploitant une indemnité réparant le préjudice causé par le refus de renégociation, ce qui revient à admettre une obligation de renégocier fondée sur la bonne foi. Ainsi, par le truchement de l'article 237 de L'AUDCG, il est possible d'affirmer avec réserve²⁴⁴ que l'imprévision peut recevoir comme traitement cette exigence de bonne foi et ainsi dire que la théorie de l'imprévision peut être revue et corrigée par le droit commercial²⁴⁵. En sus du consentement mutuel requis, dans certains contrats spéciaux la loi impose le même processus de conclusion du contrat. Selon les alinéas 2 et 3 de l'article 448 du Code des obligations civiles et commerciales relatif au marché à forfait, en matière de travaux immobiliers, toute modification du marché doit être convenue dans les mêmes formes que le contrat primitif et suivant un prix fixé à l'avance et l'inobservation de cette règle rend irrecevable toute demande d'augmentation du prix pour modification du projet ou augmentation des frais d'exécution de l'ouvrage²⁴⁶.

Paragraphe 2 : Le traitement légal

Abstraction faite du cas où les parties décident de remédier au déséquilibre contractuel conventionnellement, la loi consacre d'autres modes de traitement du déséquilibre contractuel. Au lieu d'avoir uniquement comme source un événement aléatoire, pléthore sont les cas où le déséquilibre contractuel trouve comme fondement la volonté conquérante d'une partie au contrat. Face à une situation où le déséquilibre contractuel résulte d'une clause

²⁴³ Com. 3 nov. 1992, no 90-18.547, *Bull. civ.* IV, no 338; JCP 1993. II. 22164, note Virassamy ; *RTD civ.*, 1993. 124, obs. Mestre ; Defrénois 1993. 1377, obs. Aubert ; CCC mars 1993, no 45.

²⁴⁴ Réserve tirée du fait que l'admission de la renégociation fondée sur la portée de la notion de bonne foi relève d'un pouvoir d'appréciation des juges quant à l'entendement qu'il en font de la « portée de la bonne foi » dans une relation contractuelle.

²⁴⁵ M. Béhar-Touchais, *La théorie de l'imprévision revue et corrigée par le droit commercial*, RLC juill.-sept. 2013. p. 54.

²⁴⁶ « Ne donne pas de base légale à sa décision au regard de ces dispositions, une Cour d'Appel qui a inclus le montant des travaux supplémentaires dans la somme due à l'entrepreneur sans rechercher si les travaux supplémentaires ont fait l'objet de devis comme dans le contrat primitif » ; CS. civ. com., arrêt N° 49, *Bull. arrêts*, 2012, p. 47.

déséquilibrée, le juge saisi pourra, par application de la loi, prononcer la nullité (A), sans préjudice d'autres sanctions (B).

A. Le traitement général du déséquilibre, prononcé de la nullité

La nullité est plus simplement considérée comme la sanction d'un non-respect des conditions de validité d'un acte juridique. Il faut cependant faire la précision sur le fait que cette nullité comme traitement du déséquilibre contractuel peut se déployer de deux manières différentes. Tantôt c'est la convention en elle-même qui est atteinte de nullité, tantôt ce sont les clauses déséquilibrées qui se retrouvent sanctionnées de cette nullité. Ainsi, le régime juridique de cette nullité peut vaciller entre nullité absolue et nullité relative, résultant que « (...) *c'est non pas en fonction de l'existence ou de l'absence d'un élément essentiel du contrat au jour de sa formation, mais au regard de la nature de l'intérêt, privé ou général, protégé par la règle transgressée qu'il convient de déterminer le régime de nullité applicable* »²⁴⁷. De ce fait, quand la condition violée protège un intérêt particulier, la nullité sera relative. Toutefois, si le respect de la condition garanti la protection de l'intérêt général, la nullité sera absolue.

Résultant que le déséquilibre contractuel est neutralisé par la théorie générale à travers une protection du consentement des parties et un regard sur les clauses du contrat, il sera ainsi plus judicieux d'envisager la nullité du contrat déséquilibré par l'entremise de ces deux aspects. En arguant de la protection du consentement des parties, il fut soulevé le déséquilibre informationnel et le déséquilibre des prestations. Ainsi, le déséquilibre informationnel, trouve justification dans l'inexistence d'une asymétrie de l'information due à une pratique dolosive ou un manquement à une obligation précontractuelle, le déséquilibre des prestations lui découlant d'une violence exercée pour l'obtention du consentement d'une partie au contrat. Si on prend en compte le dol, le manquement à une obligation précontractuelle ou encore la violence, il s'agit de causes de nullité d'un contrat, car illégalement formé. Le consentement de l'un des contractants étant en tout état de cause vicié, cela ouvre droit à une action en nullité relative²⁴⁸. Le cocontractant qui était tenu d'une obligation d'information et qui ne l'a pas respecté, donne à son partenaire la possibilité de demander la nullité du contrat. Même dans le cadre de l'action en nullité, l'article 95 du COCC pose un principe d'équilibre contractuel. Il s'agit de celui selon lequel, l'annulation d'un contrat ne peut être demandée par la partie fautive. Même si cela a été amoindri par la jurisprudence sénégalaise en admettant

²⁴⁷ Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14.218: JurisData n° 2016-005478.

²⁴⁸ Nullité fondée sur l'Art. 86 du COCC.

une exception à cela en cas de violation d'une règle d'ordre public, il n'est pas exclu que l'approche répandue par les juridictions est de voir si la nullité encourue est absolue ou relative. Dans le cas d'une nullité relative opposable au demandeur en nullité, la sanction se traduira par le maintien du contrat²⁴⁹.

En outre, la nullité neutralise spécifiquement la clause qui est à l'origine d'un déséquilibre. Il faut rappeler que cette situation est assez fréquente dans les conventions types ou d'adhésions. Par l'insertion d'une clause, une partie au contrat rend ce dernier foncièrement déséquilibré. C'est pourquoi on retrouve plusieurs situations dans lesquelles le législateur prend le soin expressément de prononcer la nullité de telles clauses. C'est d'abord le cas de la condition potestative, clause faisant dépendre l'exécution du contrat d'un événement qu'il est au pouvoir de l'un des contractants de faire arriver ou d'empêcher. L'article 66 du COCC dispose que « *l'obligation est nulle si elle est contractée sous une condition purement potestative de la part de celui qui s'oblige* ».

La même sanction est admise pour la clause permettant à l'un des contractants de déterminer unilatéralement le prix de vente. L'article 269 du COCC dispose, à cet effet, que le prix de vente doit être déterminé ou déterminable. Il est fixé librement par les parties sous réserve de la réglementation des prix. Il peut même arriver qu'un contrat soit annulé s'il porte une clause par laquelle l'un des contractants se trouve tenu pour une durée pouvant se poursuivre indéfiniment. De telles clauses se rencontrent parfois dans les contrats entre professionnels et consommateurs, mais la nullité du contrat n'est généralement pas pour le consommateur un remède adéquat. Elle risque même de se retourner contre lui puisqu'elle l'empêche d'obtenir le bien ou le service qu'il souhaitait se procurer. Par ailleurs, en faisant d'ordre public les règles applicables en ce qui concerne la responsabilité de droit commun²⁵⁰, le législateur entend prévenir toutes les possibilités de déséquilibre contractuel liée à une l'insertion d'une clause limitative de responsabilité contraire à l'engagement pris.

Cependant, à la lecture de la récente jurisprudence de la Cour suprême sénégalaise, on se rend compte aisément de cette préoccupation subsidiaire de l'équilibre contractuel que le juge national exalte. En effet, dans une récente jurisprudence de la haute Cour, il est apparu une certaine limitation imposée à l'article 95 traitant de la responsabilité entraînant maintien du contrat. Au sens de ce texte, « lorsque la nullité résulte de la faute de l'une des parties, celle-ci

²⁴⁹ Ainsi, sanction-t-on l'erreur inexcusable ou l'utilisation par l'incapable de manœuvres ayant pour objet de dissimuler son incapacité.

²⁵⁰ Art. 152 du COCC.

ne peut demander l'annulation ». Par une décision rendue en 2021, la cour est venue préciser que « La faute de l'un des contractants ne peut faire obstacle à son action en nullité du contrat lorsqu'une règle d'ordre public a été violée »²⁵¹. Bien que la décision raisonne à l'allure du raisonnable, il n'en demeure pas moins qu'elle offre une échappatoire aux contractants de mauvaise foi comme dans le cas d'espèce, ou c'est un professionnel de l'immobilier qui signe un contrat d'échange sous seing privé portant sur un immeuble immatriculé et qui revient en demander l'annulation.

B. Le traitement ciblé du déséquilibre, privation d'effet de certaines clauses

La restauration de l'équilibre contractuel peut se faire en sanctionnant la clause qui déséquilibre le contrat, en la réputant non écrite. En effet, il existe une catégorie de clauses qui seront réputées non écrites du fait du déséquilibre qu'elles peuvent engendrer. Pour le législateur et la jurisprudence, le caractère excessivement déséquilibré de certaines clauses justifie leur nullité. C'est ici la clause qui est nulle, le contrat restant valable. La clause est ainsi réputée non écrite. Peu importe qu'elle ait été ou non acceptée, elle est nulle en vertu d'une règle d'ordre public visant à protéger l'un des contractants. C'est l'exemple de la clause qui contredit la portée d'un engagement essentiel pris par l'un des contractants, le législateur veut ainsi éviter de décevoir l'attente légitime d'une des parties ; ou la clause tend à écarter ou à réduire la responsabilité d'un des contractants pour dommage corporel causé à l'autre (le corps humain est hors du commerce juridique²⁵². En vertu des dispositions de l'article 152 du COCC, une clause limitative de responsabilité ne peut, en règle générale, être écartée qu'en cas de dol ou de faute lourde du débiteur.²⁵³

Ainsi, dans le cadre des sanctions prononcées contre une clause déséquilibrée, il existe le réputé non écrit. Quand une clause ne respecte pas les dispositions impératives de la loi et que néanmoins le contrat est aux yeux de la loi valable, cette dite clause est sanctionnée par le réputé non écrit. Pour illustration, l'article 54 de L'AUSCGIE²⁵⁴ permet spécifiquement de

²⁵¹ CS, arrêt n°59 du 19 mai 2021, *Bull n° 34-24*, p. 56.

²⁵² L'Art. 152 du COCC dispose que « les dispositions concernant la responsabilité de droit commun ou des régimes particuliers de responsabilité sont d'ordre public. En aucune façon, le débiteur ne peut s'exonérer de la responsabilité d'un dommage causé à la personne ou des conséquences de son dol ou de sa faute lourde. Il ne peut non plus s'exonérer du dol ou de la faute lourde de ses préposés ».

²⁵³ V. Application à la clause limitant la responsabilité du professionnel chargé du développement d'une cachette vidéo civ .1er, 24 fév. 1993 : D. 1993. 6, note Agostinelli ; JCP 1993. II. 22166, note Paisant.

²⁵⁴ « Toutefois, sont réputées non écrites les clauses attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, ainsi que celles excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes » ; Art. 54 de L'AUSCGIE.

voir une situation dans laquelle le législateur prononce le réputé non écrit d'une clause créant un déséquilibre flagrant entre les droits et obligations d'une partie au contrat. Clauses abusives, léonines ou encore celles créant un déséquilibre significatif, toutes sont appréhendées par la sanction du réputé non écrit ; sanction qui sans entacher le contrat en soi neutralise le déséquilibre par un traitement direct de la cause de celui-ci. Cependant, il ne peut être fait abstraction du fait que la nullité de certaines clauses du contrat entraîne immédiatement la nullité du contrat même. C'est le cas notamment quand la clause qui encourt cette nullité est une clause substantielle du contrat²⁵⁵. C'est pourquoi il est essentiel de déterminer si ces stipulations sont ou non divisibles du contrat afin de déterminer si leur nullité entraîne ou non celle de l'ensemble du contrat.

La sanction qu'est le réputé non écrit est d'une importance certaine. En effet, comme cela a été justifié plus haut, le déséquilibre contractuel le plus fréquent est celui qui résulte de l'insertion d'une stipulation contractuelle dont la nature entraîne un déséquilibre certain si on fait la proportionnalité entre droits et obligations de celui envers qui cette clause a été stipulée. Dès lors, le déséquilibre contractuel causé par cette clause sera traité par sa privation d'effet dans le but de maintenir le contrat en soi. L'annulation du contrat ne sera pas l'option retenue, mais c'est plus une sorte de ciblage de l'origine du déséquilibre à la base pour en apporter un traitement efficace. À titre illustratif, pour comprendre le mécanisme de cette sanction, on peut arguer de l'article 211 du Code CIMA qui dispose qu'« Est réputée non écrite toute clause stipulant la déchéance de la garantie de l'assuré en cas de condamnation pour conduite en état d'ivresse ou sous l'emprise d'un état alcoolique. Toutefois, une telle clause est opposable à l'assuré pour les garanties non obligatoires ». Dans cette disposition applicable au sein des rapports entre assureurs et assurés, on constate que le législateur entend réputer non écrite une clause dont la finalité sera de créer un déséquilibre dans les obligations supportées de part et d'autre. En effet dans le contrat d'assurance l'assureur supporte des obligations dont il ne peut se délier par une stipulation contractuelle. L'essence même de ce contrat pour l'assuré est la couverture d'un risque auquel il est potentiellement exposé. Ainsi, on retrouve dans cette disposition une privation d'effet de toutes stipulations contractuelles dont l'idée pourrait ressembler à une sorte de limitation de l'obligation de l'assuré. Cette sanction, contrairement à la nullité, ne permet pas généralement d'anéantir tous les effets passés, mais elle se traduit par des dommages et intérêts le cas échéant pour réparer le préjudice subi avant que la clause ne soit retranchée. Le régime juridique de la nullité est

²⁵⁵ V. Art. 94 du COCC.

toutefois à distinguer de celui du régime juridique de la sanction du réputé non écrit selon une jurisprudence française de 2019²⁵⁶. Ainsi, le délai de prescription n'est pas identique par exemple, même si en pratique cette distinction est fortement relative du fait que le demandeur est tenu d'intenter une action pour obtenir la suppression des clauses abusives.

En définitive, nulle, privée d'effet ou encore non écrite, la sanction à travers l'emploi des méthodes générales de droit commun constitue, un moyen efficace pour la restauration de l'équilibre contractuelle. Somme toute, il faut relever que la législation sénégalaise, quoique soucieuse de prendre en compte le phénomène du déséquilibre contractuel, présente quelques tares dans cette tâche. Et le droit commun et le droit spécial en matière contractuelle ne sont exempts de perfectibilité à plusieurs niveaux.

Chapitre II : Vers une perfectibilité de l'encadrement du déséquilibre contractuel

Les principes directeurs ou charpentes du droit commun des contrats constituent tous, théoriquement, des feux rouges contre l'instauration d'un rapport contractuel déséquilibré²⁵⁷. Ainsi, remarque-t-on que le traitement qui est apporté au déséquilibre contractuel relève d'une approche par voie d'exception²⁵⁸. Que ce soit sous l'angle du droit commun (Section 1) ou de la réglementation des contrats spéciaux (Section 2), on peut avancer quelques propositions qui participeront à un encadrement plus abouti du phénomène du déséquilibre contractuel.

Section I : Plaidoyer pour une réadaptation du droit commun

Le droit commun se présente comme la niche où s'oriente impérativement l'ensemble des contrats de droit privé. Cela s'explique aisément du fait que les contrats, aussi spéciaux qu'ils puissent paraître, doivent impérativement respecter les prescriptions du droit commun. Assurer ainsi une stabilité des relations contractuelles en renforçant l'équilibre contractuel dans la réglementation du droit commun, c'est veiller à ce que tous les contrats soient imprégnés de stabilité et d'équilibre. Dans cette perspective, il nous semble qu'outre le renouvellement sous un nouveau jour de la protection du consentement (Paragraphe 1), une nouvelle configuration du contenu obligationnel s'impose (Paragraphe 2).

²⁵⁶ Civ. 1^{re}, 13 mars 2019, F-P+B, n° 17-23.169, disponible sur : [Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 13 mars 2019, 17-23.169, Publié au bulletin - Légifrance \(legifrance.gouv.fr\)](https://www.legifrance.gouv.fr/eli/jurisprudence/civ/2019/03/13/17-23.169), site consulté le 19/05/2023.

²⁵⁷ En effet, ne ce reste que la liberté contractuelle dans sa pleine effectivité suffit comme moyen au service des contractants pour écarter toute idée de déséquilibre.

²⁵⁸ À ce stade de notre étude, il nous sied de qualifier le traitement et les techniques de neutralisation du déséquilibre contractuel de notre droit positif comme des mécanismes relevant par voie d'exception. Par exemple, les règles qui sanctionnent les vices du consentement ont plus pour essence de sanctionner le non-respect d'une condition de validité d'un acte juridique que pour traiter en tant que tel le déséquilibre contractuel conséquence du non-respect de ces conditions.

Paragraphe 1 : Une protection renouvelée du consentement

Parler d'une protection renouvelée du consentement suppose, avant toutes considérations au fond, de préciser la quintessence d'une telle nécessité. Le constat, dont l'apport de solutions pourrait participer grandement à la maîtrise du déséquilibre contractuel, est qu'outre l'immobilisme de notre droit commun qui ne participe pas à une intégration de données nouvelles dans la sphère contractuelle, les juges ont une approche assez restrictive à l'égard de certains aspects contenus dans le droit commun. Cette protection renouvelée doit passer par le renforcement des obligations précontractuelles (A), une relecture des vices du consentement s'impose (B).

A. Le renforcement des obligations précontractuelles

À proprement parler de réadaptation du droit commun sénégalais des contrats, il n'est point possible de ne pas mettre l'accent sur le renforcement des obligations précontractuelles. Toujours dans son inspiration puisée du Code Civil français de 1804²⁵⁹, le législateur sénégalais aborde les différentes conditions de validité du contrat, abstraction faite de la spécificité que présente la phase précontractuelle, zone certes de non-contrat, mais pas de non-droit. Résultant que le déséquilibre contractuel initial, s'analysant comme une forme de lésion, n'est pas systématiquement sanctionné dans tous les cas de figure, il en résulte que la véritable protection des contractants pour éviter ce type de déséquilibre est de consacrer des obligations précontractuelles.

De cette nécessité d'un encadrement de la phase précontractuelle, le droit répond de deux manières différentes. La première est celle qui est inhérente à une réponse du droit spécial qui tente d'inscrire des obligations précontractuelles pour les contractants avant la conclusion d'un contrat. Il s'agit de l'orientation retenue par le droit sénégalais où on retrouve expressément des lois applicables qu'à certains contrats, consacrant de pareilles obligations. De façon beaucoup plus précise, même dans ce droit spécial, les approches vacillent entre consécration directe et consécration indirecte d'obligations précontractuelles. L'approche directe est celle par laquelle la loi consacre *expressis verbis* des obligations d'informations précontractuelles que les parties sont tenues de respecter. Quant à l'approche indirecte, la loi consacre des standards de comportement tels que l'institution de l'obligation de bonne foi ou

²⁵⁹ En effet, dans le Titre III du Code Civil de 1804 le législateur après avoir traité des dispositions préliminaires faisait de même pour les conditions de validité du contrat sans rien disposer sur l'encadrement de la négociation qui précédait une telle conclusion. Après l'ordonnance de 2016, désormais l'encadrement des négociations précontractuelles précède clairement l'encadrement des conditions de validités du contrat.

de la loyauté dans les rapports entre parties à la négociation. La première approche, nous la retrouvons dans la loi de 2021 sur les prix et la protection du consommateur ou de manière claire, le législateur au rang des articles 8 et suivants, consacre des obligations précontractuelles à la charge du professionnel ; il va ainsi de l'article 6 du Code CIMA aussi. La seconde approche, nous la retrouvons dans les relations commerciales réglementées par L'AUDCG en lieu et place d'indiquer avec exactitude ce sur quoi doit porter les obligations précontractuelles, le législateur exige plutôt l'adoption d'un certain comportement par les parties. Outre l'exigence de la bonne foi dans les dispositions générales de l'article 237, de manière beaucoup plus ciblée, l'article 249 de manière implicite exige des parties une particulière bonne foi puisque la mauvaise foi est sanctionnée.

Quant à la seconde manière pour le droit de répondre de la nécessité d'un encadrement de la phase précontractuelle, on retrouve l'option la plus sûre et efficace qui consiste à inscrire de telles obligations précontractuelles au rang des autres conditions de validité du contrat. C'est plus souvent des dispositions qu'on retrouve avant celles traitant des conditions de validités du contrat où le législateur impose aux parties d'observer certaines obligations dans certaines conditions. Par exemple, le déséquilibre informationnel est le plus souvent évité par l'institution d'une obligation pesant sur la tête du contractant qui détient une information déterminante pour le consentement de l'autre de l'en informer. D'ailleurs, on retrouve dans l'avant-projet de l'acte uniforme sur le droit des contrats une pareille approche où les contractants sont soumis au respect des exigences de la bonne foi dont elles ne peuvent exclure encore moins limiter la portée.

La doctrine parle largement de l'existence d'un devoir général d'information. De surcroît, certaines législations font de ce devoir général d'information une question d'ordre public, de sorte que les parties ne peuvent exclure cette obligation ni dans leurs conventions, encore moins que dans leurs comportements²⁶⁰. Bien que s'agissant d'une manière efficace de pouvoir maîtriser le déséquilibre contractuel initial vu la portée large du droit commun, le COCC ne contient point de pareilles dispositions dont l'importance se justifie à bien des égards, même si une éventuelle adoption de l'avant-projet de l'Acte uniforme sur le droit des contrats pourrait pallier à la situation.

Plusieurs raisons militent aujourd'hui pour l'institution, dans le droit commun, d'obligations précontractuelles à la charge des contractants. Parmi celles-ci, préfigurent le souci de la

²⁶⁰ Nouv. Art. 1112-1 du Code Civil résultant de l'ordonnance de 2016.

sécurité juridique. L'état du droit commun des contrats au Sénégal sur le défaut d'encadrement explicite des phases précontractuelles peut se justifier par l'importance que le législateur de l'époque accordait à la survie de la volonté et plus particulièrement de la liberté contractuelle. En ce sens, des restrictions quant à la manière de rompre le contrat ou encore de la naissance d'obligations sans conclusion du contrat définitif ont été considérées comme une atteinte à la liberté contractuelle de l'article 42 du COCC. Ainsi, la phase qui précède la conclusion du contrat devait rester autant que possible dans la sphère de prédilection de la liberté²⁶¹. Il faut reconnaître que cette dualité d'opposition entre sécurité et liberté a toujours irrigué dans une certaine anthropologie l'évolution du droit positif en général. Il est vrai que donner certaines informations à son contractant peut exposer au débiteur de l'information à un danger dans la mesure où cette dite information qui peut être confidentielle peut s'utiliser contre lui. C'est d'ailleurs ce qui explique qu'à chaque consécration d'une obligation d'information, le législateur attache à celle-ci une sanction négative pour s'abattre sur le créancier de l'information qui reste de mauvaise foi²⁶². Cependant, l'excès de liberté entraînant une forme d'insécurité, il s'ensuit que la réglementation ou l'encadrement de la phase précontractuelle relève d'une impérieuse nécessité.

B. Une relecture extensive des vices du consentement

Dans la lutte contre le déséquilibre contractuel, la protection du consentement des contractants a toujours occupé une place importante. En effet, nombreuses sont les situations dans lesquelles le déséquilibre contractuel s'opère dès la conclusion du contrat. Ce contrat qui doit être conclu ne peut établir une relation contractuelle équilibrée et stable que dans la mesure où les parties sont au même pied d'égalité au niveau informationnel et structurel.

Comme cela fut démontré, les vices du consentement se révèlent être des instruments efficaces du droit commun pour la sanction du déséquilibre contractuel. Ceci justement parce que le consentement, extériorisation de la volonté, qui se retrouve vicié qu'il se crée un déséquilibre contractuel. Ainsi, dans l'entendement classique, les vices du consentement ne jouent qu'un rôle assez subsidiaire dans le traitement du déséquilibre. Elles s'attachent beaucoup plus à sanctionner le défaut de régularité d'un acte juridique, plus tôt que de corriger le déséquilibre contractuel découlant du non-respect des conditions de validité d'un acte juridique. Pour observer une pleine effectivité des vices du consentement dans la lutte

²⁶¹ Geneviève B. SARR, *La période contractuelle : entre libertés et contraintes*, in Acte de Colloque sur : *le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Harmattan, vol 2, 2018, p. 573.

²⁶² V. Art. 1112-2 du Code Civil.

contre le déséquilibre contractuel, il faut impérativement, dans l'état actuel du droit sénégalais et de la jurisprudence, observer une nouvelle relecture de ces dernières. À titre de droit comparé, il a fallu, sous le sceau de la jurisprudence et de l'évolution législative, que les vices du consentement soient remodelés pour un meilleur encadrement du déséquilibre contractuel. Un auteur affirmait devant le tribunal lors des discussions pour l'adoption du Code Civil que « *La loi, qui ne peut désigner tous les cas, n'en doit désigner aucun ; elle laisse aux tribunaux le soin de peser la gravité des circonstances* »²⁶³. Par cette belle représentation que l'auteur fait des rapports que doit entretenir la loi et l'office du juge, l'adaptabilité des vices du consentement en est une parfaite illustration. À ce jour, les vices du consentement qu'on retrouve dans le COCC sont loin de pouvoir apporter un traitement efficace du déséquilibre contractuel. Le constat étant que, le droit sénégalais des vices du consentement reste calqué sur le modèle du Code civil de 1804²⁶⁴.

En premier lieu, la conception du dol n'est pas, en droit sénégalais, effective pour une bonne appréhension du déséquilibre contractuel. La logique aurait voulu que l'intelligence légistique de l'article 63 du COCC soit utilisée à bon escient. L'usage du groupe nominal « *manœuvres frauduleuses* » n'est pas anodin et sans intérêt. En effet, les manœuvres frauduleuses, élément matériel de la constitution du dol peuvent être aussi variées que possible. Le constat est que les pratiques contractuelles évoluent, la matière s'intensifie et de la même manière, les acteurs s'adaptent avec de nouvelles techniques. L'occasion est d'or pour le juge sénégalais de pouvoir explorer tous les contours, les pourtours et les détours de cette notion pour assurer la protection constante des contractants qui sont victimes de pratiques plus ou moins frauduleuses. Résultant d'ailleurs que la logique de l'évolution de la matière contractuelle tend plus vers la protection du faible, l'extension du dol pour saisir de nouvelles variantes est indiscutable. Cependant, dans la jurisprudence sénégalaise les juges refusent catégoriquement d'admettre une extension de la notion. L'une des extensions les plus intéressantes dans cette notion de dol résulte du fait que le mensonge fut rattaché au dol. Dans l'état actuel de la jurisprudence sénégalaise, la sanction du déséquilibre informationnel sur le fondement du dol reste peu probable du fait de l'interprétation assez libérale et moins solidaire²⁶⁵ que la haute juridiction sénégalaise fait de l'article 63 du COCC. Dans une célèbre jurisprudence

²⁶³ Fenet, Pierre-Antoine, *recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. T13 / par P.-A. Fenet, t. 13, 224, *Gallica*, 1836, p. 218.

²⁶⁴ Des jurisprudences et législations étrangères ont eu à apporter des précisions et une nouvelle orientation à ces vices du consentement.

²⁶⁵ Babacar NIANG, *l'intention dolosive*, in Acte de Colloque sur : *le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Harmattan, vol 2, 2018, p. 497.

sénégalaise de 1999²⁶⁶, un refus catégorique d'assimiler le mensonge à une manœuvre a été noté chez le juge sénégalais. Cette jurisprudence révèle que la cour de cassation sénégalaise, contrairement à l'effort prospectif que la Cour d'appel ayant connu de l'affaire avait fait²⁶⁷, a décidé en substance que le mensonge ne suffisait pour fonder le dol résultant que les manœuvres dolosives devraient être caractérisées et prouvées²⁶⁸. Une telle position jurisprudentielle laisse refléter une réticence des juges suprême sénégalais de saisir une opportunité afin de combler les lacunes textuelles²⁶⁹. S'ajoute à cela que le défaut d'information sur la valeur d'un objet n'est pas une obligation légale. En effet, ni le défaut d'information qui porte sur la valeur du prix n'est pas une obligation, ni la non révélation de l'estimation de la valeur de la prestation n'est sanctionné²⁷⁰.

En second lieu, il est nécessaire de parler de la violence, concept qui n'a pas cessé d'évoluer. De nos jours on parle plus de violence économique dans les relations contractuelles. En effet, nombreux sont les cas où on peut retrouver des situations de dépendance économiques dans lesquelles leurs exploitations au profit d'un des contractants seraient constitutives de violence. C'est d'ailleurs pour cela que dans l'ordonnance de 2016, le législateur français s'est attelé à l'instituer à l'article 1143. La jurisprudence l'a définie dans un arrêt de 2004 comme « *la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables* »²⁷¹. En droit sénégalais, on assiste à un phénomène d'empiétement du droit de la concurrence sur le droit commun des contrats décrit par certains auteurs²⁷². Si le droit de la concurrence, beaucoup plus actualisé, a expressément prévu la dépendance économique, le droit commun lui reste muet à ce sujet. La violence économique se présente comme un vice du consentement atypique dès lors que celui-ci n'est pas dû à l'exercice d'une menace physique ou morale de la

²⁶⁶ Cour cass., 17 mars 1999, arrêt n° 78, affaire Moulins SENTENAC c/ H. Hawili - Zen Fawaz, *Bull. arrêts* de la Cour de cassation n° 7 - année 1998-1999, avril 2005, p. 31. Jurisprudence disponible sur : [Juricaf : la jurisprudence francophone des Cours suprêmes](#), site consulté le 22/05/2023.

²⁶⁷ La Cour d'appel avait infirmé le jugement du Tribunal et condamnait solidairement les cessionnaires au paiement de dommages et intérêts pour dol, au motif, entre autres, que le patrimoine de la société cédée a été gonflé, l'actif surévalué, le passif sous-évalué.

²⁶⁸ « Les manœuvres dolosives, vices du consentement, doivent non seulement être caractérisées et prouvées mais également déterminantes de la volonté de la partie qui s'engage ».

²⁶⁹ En parlant de lacunes textuelles il faut faire remarquer que dans l'avant-projet de droit des obligations de l'OHADA, l'Art. 71 proposait en sus des manœuvres, des mensonges au chapitre des faits constitutifs de dol. Avant-projet disponible sur : [\(Microsoft Word - Avant-Projet Acte OHADA contrats r\351v..doc\) \(unidroit.org\)](#), site consulté le 14/05/2023.

²⁷⁰ Ceci à la lumière des Art. 1112-1 al 2 et 1137 al 3 du Code Civil.

²⁷¹ Com. 3 mars 2004, obs. E. Baccichetti et J.-Ph. Dom, *LPA* 27 juin 2005, n°126, p. 5.

²⁷² M. Chagny, *l'empiétement du droit de la concurrence sur le droit du contrat*, *RDC* 2004, n°3, p. 861.

part du cocontractant, mais résulte de la situation même du débiteur. La contrainte n'est pas exercée par une des parties sur son cocontractant, mais se présente davantage comme une contrainte extérieure et impersonnelle²⁷³. Ceci renseigne sur la nécessité de revoir ces vices du consentement par le fait que « *La théorie des vices du consentement, (... etc.) donnent lieu à des interprétations, parfois contestables, mais symptomatiques d'une prise de conscience de la réalité du phénomène des déséquilibres contractuels.* »²⁷⁴.

Paragraphe 2 : Pour une nouvelle configuration du contenu obligationnel

Quand bien même parler d'une réadaptation ou d'une refonte du droit commun des contrats au Sénégal ne relève pas d'une nouveauté²⁷⁵, la fréquence à laquelle le sujet est discuté démontre à suffisance sa nécessité. Loin de verser dans une appréciation de la conformité du droit sénégalais à ses aspirations profondes par une sorte de sociologie juridique, il sera plutôt question d'insister sur des points phares de notre droit commun dont le dépassement favorise l'implantation du déséquilibre contractuel. Sur ce, on estime à bon escient que plus de contrôle du contenu du contrat (B) précédé d'une nouvelle appréhension de la force obligatoire du contrat (A) sont des points autour desquels une réadaptation devrait s'articuler.

A. La nécessité d'une nouvelle appréhension de la force obligatoire du contrat

La force obligatoire du contrat se révèle aussi être d'une certaine efficacité dans le respect du contenu obligationnel de ce dernier. La force obligatoire du contrat qui en substance renvoie à l'établissement d'une relation contractuelle irrévocable dès qu'au moment où le contrat est légalement formé, permet plus au moins de favoriser une certaine stabilité contractuelle, car ce à quoi les parties ont librement convenu elles seront tenues de le respecter.

Aujourd'hui, la lecture de la force obligatoire du contrat qui prévaut en droit sénégalais reste une lecture assez radicale, considération prise d'une analyse économique du droit ainsi que de l'économie générale qui doit guider tous les contrats. Cependant, à l'heure actuelle, les dispositions de l'article 96 sont sans équivoques « le contrat légalement formé crée entre les parties un lien irrévocable ». En termes clairs, quelles que puissent être les circonstances postérieures à la conclusion d'un contrat, les parties prenantes resteront toujours soumises au

²⁷³ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. t. 1 : Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis Droit, 4e éd. 2016, n°378, p. 407.

²⁷⁴ V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés, op. cit.*, PUAM 2000, p. 26.

²⁷⁵ En 2016 déjà lors d'un colloque organisé à l'université Assane Seck de Ziguinchor, Pr. D. Y. WANE insistait et plaidait pour une telle réadaptation du droit commun. V. D. Y. WANE, *Après cinquante ans de codification, quels avenir pour le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal ?* in *Acte de Colloque sur : le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Harmattan, vol 2, 2018, p. 628.

respect du contenu obligationnel du contrat, et ceci nonobstant les conséquences que lui causerait l'exécution de ses obligations. Il est clair que même si des justificatifs importants peuvent être en faveur d'une telle position, il n'en demeure pas moins que d'autres impératifs à équivalence égale peuvent faire pencher la balance du côté d'un autre point de vue.

Cette position statique en droit sénégalais a évolué à bien des égards en droit français. Selon l'article 1195 « si un changement de circonstances imprévisibles 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. À 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 ». La relecture de la force obligatoire du contrat permettrait sûrement à l'instar du droit français d'avoir un dispositif efficace dans le traitement du déséquilibre contractuel qui surviendrait par suite d'événements imprévisibles. Comme le dispose le nouvel article 1195, le législateur sénégalais pourrait articuler le dispositif de révision du contrat devenu déséquilibré de ce fait autour de conditions simples, mais qui inspirent la sécurité.

Primo, pour les contrats concernés par cette révision, le choix de la généralité pourrait être le plus judicieux même si seuls les contrats synallagmatiques seront particulièrement ciblés. Le ciblage des contrats synallagmatiques est dû au fait que la condition d'onérosité excessive provoquée par le changement de circonstances, qui est une des conditions d'application du texte, semble n'avoir de sens que par rapport à la valeur de la contrepartie de la prestation. *Secundo*, pour un bon fonctionnement de la révision du contrat déséquilibré par l'effet de circonstances imprévisibles, il faudrait déterminer avec exactitude les causes justifiant la révision afin de ne pas tomber dans une application sombre d'un tel mécanisme. Le choix du droit français s'est porté sur « *le changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat* ». Par un tel choix, on exclura le cas de la lésion étant donné qu'on parle de changements intervenus après la conclusion du contrat. Toutefois, une certaine précision devrait conduire le législateur sénégalais d'inclure dans son texte le cas d'un événement intervenu avant la formation du contrat, mais dont les parties, ou au moins la partie souffrant du déséquilibre causé par cet événement, n'avait pas connaissance lorsqu'elles ont

contracté²⁷⁶. Par ailleurs, une telle formule conduirait à cantonner les origines du déséquilibre contractuel aux seuls cas de changements provenant des causes extérieures aux contractants et non de celles liées à leurs volontés. Quant à l'imprévision, condition subjective, celle-ci renvoie au cas où les parties n'ont pas prévu que le contexte de conclusion du contrat changerait à un point tel que le contrat s'en trouverait déséquilibré. L'absence d'acceptation des risques se joindrait à l'imprévision au rang des conditions subjectives dans la mesure où le contractant qui accepte de prendre et de supporter le risque inhérent à l'imprévision ne peut faire recours au juge pour une révision à la suite d'un déséquilibre contractuel. *Tercio*, la détermination de la nature du déséquilibre fait partie des éléments objectifs d'une importance capitale. Réviser un contrat pour cause de déséquilibre, suppose de connaître en quoi ce déséquilibre a impacté le contrat. En ce sens, calquée la révision du contrat en cas de déséquilibre contractuel sur une appréciation concrète de l'onérosité excessive que le changement imprévisible des circonstances a causé est l'option retenue par le législateur sénégalais. Le législateur pourrait marcher sans doute sur les mêmes plates-bandes dans la mesure où ce n'est qu'en pareille hypothèse que la révision s'imposerait concrètement.

Une relecture de la force obligatoire des contrats en droit commun sénégalais présenterait à plus d'un égard de multiples avantages. Le constat étant qu'aujourd'hui, nombreux sont des contrats d'affaires ou les enjeux économiques sont considérables, une pareille consécration ne pourrait être que bienvenue.

B. La solidification des mécanismes de contrôle du contenu du contrat

L'ensemble des indicateurs de l'existence d'un déséquilibre, à savoir les abus de faiblesse ou l'exercice abusif de pouvoirs contractuels se mesure à l'aune du contenu du contrat. Le contenu du contrat est le reflet de la volonté des parties, et comme tel, quand il existe un déséquilibre contractuel au niveau des obligations réciproques, c'est principalement le contenu du contrat qui permet de le refléter. En effet, le contenu du contrat est le seul moyen par lequel il est possible de desceller les rapports de force entre les contractants. Le plus fort imposera des obligations importantes n'ayant aucune réciprocité avec les siennes. Ainsi, le contrôle du contenu du contrat permet de garder un œil sur l'équilibre contractuel dans la

²⁷⁶ Un tel cas n'est appréhendé au Sénégal que sur le fondement de l'erreur vice du consentement. L'erreur sur la substance particulièrement pourrait être invoquée pour pouvoir obtenir la nullité du contrat au sens de l'Art. 62 du COCC. La semble à notre niveau être une sanction disproportionnée. En droit français, On considérera qu'il s'agit d'une erreur sur la valeur, dont il revient au contractant victime de l'erreur de supporter le risque, et qui est en conséquence indifférente à la validité du contrat (C. civ., nouv. Art. 1136), sauf si cette erreur a été provoquée par un dol du cocontractant.

mesure en cas de non correspondance des obligations, un examen des clauses du contrat permet de le constater. C'est pour cette raison que principalement le droit a toujours permis l'existence et le développement d'instruments permettant s'assurer un contrôle efficace du contenu du contrat.

Dans cette optique, la cause a joué un rôle important et essentiel dans ce contrôle. La contrepartie convenue renvoie à l'équilibre structurel du contrat. Selon la cause objective, l'absence de contrepartie étant appréciée au moment de la conclusion du contrat, et sanctionnée par la nullité de celui-ci. Elle désigne sa raison d'être et doit à cette fin être étudiée comme une condition de validité substantielle du contrat. Cela se manifeste plus dans les contrats commutatifs où le contrôle de l'équilibre contractuel est susceptible d'être opéré. La définition du contrat commutatif repose sur la notion d'équivalence qu'il convient de distinguer de celle d'équilibre. L'équivalence est ici une équivalence subjective entendue comme celle à laquelle les parties consentent. Le contrat commutatif n'est pas un contrat objectivement équilibré, mais celui par lequel chaque partie accepte de recevoir de l'autre un avantage regardé, par elle, comme l'équivalent de celui qu'elle donne. De sa conception objective consistant à faire correspondre à chaque type de contrat une cause déterminée, la cause s'est subjectivée, ce qui a induit à un contrôle de son existence plutôt que de sa licéité. Cette subjectivation de la cause consistait à s'attacher à l'intérêt poursuivi par celui qui s'engage pour éradiquer les conventions déséquilibrées. Ce rééquilibrage s'est opéré en dehors des prévisions contractuelles, contraignant les juges à rechercher la contrepartie de l'engagement dans les motivations subjectives des parties. Les arrêts *Chronopost*²⁷⁷ et *Point club vidéo*²⁷⁸ ont incarné à cet égard l'aboutissement de ce mouvement de subjectivation de la cause. Par ce mouvement, le juge arrivait à bien assurer un contrôle de l'équilibre contractuel vu sous l'angle de la cause.

Outre la cause, le droit commun s'est réadapté et le contrôle du contenu du contrat fut davantage assuré aujourd'hui par l'émergence de ce que certains auteurs désignent communément le standard juridique qu'est le « *déséquilibre significatif* ». Ainsi, dans cette optique d'évolution des choses, les lois se sont empilées surtout en matière de droit de la consommation pour consacrer ce standard. À ce titre, on retient que par les articles 15 et suivants de la loi de 2021 sur les prix et la protection du consommateur, la loi consacre le déséquilibre significatif comme moyen de contrecarrer le déséquilibre contractuel. Ce

²⁷⁷ Com. 22 oct. 1996, CCC 1997, comm. n°24, L. Leveneur.

²⁷⁸ Civ. 1re, 3 juill. 1996, n°94-14800, D. 1997. 500, obs. Ph. Reigné

déséquilibre significatif commence à connaître en France un franc succès avec un développement rayonnement, chose non étonnante quand on sait qu'il est originaire du pays de Napoléon. Le développement du déséquilibre significatif tire sa justification dans un souci de la mise en place d'un meilleur système de contrôle du contenu du contrat. Avec la poussée de l'unilatéralisme contractuel couplé avec une floraison des contrats d'adhésion, on a assisté à ce qu'on appelle le développement de clauses types. Il s'agit de clauses pré rédigées à l'avance par une des parties et donc exclues de la négociabilité. Par de telles clauses, le contractant qui en a l'initiative peut modeler le contenu du contrat comme il l'entend. Même si en principe, on part du postulat que les clauses types dans leur ensemble ne sont pas des clauses susceptibles de créer un déséquilibre contractuel, mais elles peuvent être à la solde d'une telle cause. Cela explique que dans bon nombre de législations, nonobstant le choix de ne pas systématiquement les sanctionner, la prohibition des clauses types n'est de mise que dans les cas où de telles clauses sont la source d'un déséquilibre significatif.

En démontrant ces deux mécanismes par lesquels le droit tente de maîtriser le déséquilibre contractuel dérivant du contenu du contrat, on remarque que si le premier est présent dans l'arsenal juridique, le second ne l'est que partiellement. En effet, on la retrouve la cause en droit sénégalais au titre des conditions de validité du contrat. Ainsi comme développé précédemment, l'exigence par l'article 47 du COCC peut permettre au juge non seulement de contrôler l'existence de la cause, mais aussi de contrôler sa licéité. De ce fait, nous ne pouvons que plaider pour un maintien de la cause en droit sénégalais même si les principes d'UNIDROIT²⁷⁹, qui occultent complètement ce terme au profit d'un autre, marquent au fer rouge toutes les nouvelles réformes dans le droit privé d'inspiration romano-germanique. Pour ce qui relève par ailleurs du contrôle s'opérant par le biais du déséquilibre significatif, outre le droit de la consommation, nous estimons que sa généralisation jusqu'au droit commun mérite d'être plaidée. Cela constituerait sans nul doute un moyen propice de régulation des clauses types ayant élu domicile dans les contrats d'adhésion.

Section II : Le redéploiement du droit spécial face au déséquilibre contractuel

Bien que le droit des contrats spéciaux soit resté actuel ce dernier reste à la fois très dubitatif dans ses approches sur la question du déséquilibre contractuel. Ainsi, il existe des aspects sur lesquels il est possible de voir la législation des contrats spéciaux évoluer pour combler les lacunes ou les angles morts du droit commun. La concurrence, la consommation, sont des

²⁷⁹ Les principes d'UNIDROIT mettent plus l'accent sur le contenu du contrat. V. Chapitre 5 de ces principes. À consulté sur : [Principes d'UNIDROIT 2016 - Unidroit](#), site consulté le 02/04/2023.

matières qui entretiennent des relations particulières avec le déséquilibre contractuel. À ce niveau, la protection en matière consumériste pour un meilleur traitement du déséquilibre contractuel mérite d'être révisée (Paragraphe 1) en sus de plaider pour une immixtion plus importante des standards juridiques sur la scène contractuelle (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Pour un renouveau protectionniste du droit consumériste

Des différentes matières ayant un rapport avec le déséquilibre contractuel, le droit de la consommation semble être le plus familier à ce phénomène. De par leurs nombres, les consommateurs sont nombreux à conclure des contrats avec des contractants plus ou moins mieux informés. Nonobstant le caractère assez protectionniste dont le droit de la consommation est imprégné, une meilleure protection est toujours envisageable. Deux volets importants se manifestent ainsi dans cette volonté de protection d'avantage renforcée des consommateurs en droit sénégalais : c'est d'abord celui inhérent à une extension du champ d'application classique de la protection en droit de la consommation (A), puis à une extension de cette dite protection dans l'encadrement des contrats de consommation (B).

A. L'extension de la protection *ratione personae* en matière consumériste

La protection en matière de droit de la consommation reste une protection parcellaire du fait que si un ensemble de contractants rentrent dans le champ *rationae personae* de cette protection, celle-ci reste lacunaire à bien des égards. En effet, les catégories contractuelles sont classiquement au nombre de deux avec d'une part, les consommateurs, et d'autre part les professionnels. Sauf que cette classification binaire impacte fortement la logique de la protection en matière consumériste. Cette dite logique de protection veut que, dans son schéma classique, qu'une partie au contrat de consommation soit protégée du fait de son inexpérience contre un contractant habitué aux arcanes du marché. Cette protection voulue du consommateur tire à bout portant contre d'autres catégories contractuelles qui mériteraient une pareille protection.

À ce stade de notre réflexion, il nous apparaît évident que la division classique des contractants entre consommateurs ou professionnel reste d'une certaine incongruité. L'idée reposant sur le fait que ce soit le consommateur qui a besoin d'une particulière protection reste d'une logique compréhensible, mais on doit reconnaître avec énergie pareille que le professionnel peut aussi être un acteur à protéger. Cette situation découle du problème définitionnel du consommateur au sens de l'article 3 de la loi de 2021-25 sur les prix et la

protection du consommateur. Cette définition prête à discussion du fait que le critère utilisé tend pour une appréhension stricte de la notion de consommateur. Certes, tout dépend donc de la conception et, par conséquent, de l'interprétation, plus ou moins large, qu'on retient des expressions « *besoins de la profession* ». Mais, il résulte bien que la formulation de cette définition semble plaider pour une acception stricte du consommateur. Dire que la définition du consommateur est désormais sans doute réduite à son acception la plus stricte appelle une conclusion claire pour ce qui concerne la protection des professionnels-consommateurs : l'éviction nette. Les mots de la nouvelle définition de la loi de 2021 du consommateur sont clairs. Ils traduisent la volonté d'entériner solidement une conception abstraite de la protection offerte par le droit de la consommation, en évinçant la prise en compte des faiblesses concrètes²⁸⁰. Cela a pour conséquence de livrer à eux-mêmes ces nombreux contractants, et bien d'autres²⁸¹, en l'absence de protection efficace en droit commun. Tout semble indiquer qu'il faudra plus que jamais se « *satisfaire d'une protection sélective et discriminatoire* »²⁸². Ceci apparaît d'autant plus choquant qu'une véritable quête de la protection du faible paraissait globalement initiée en droit des contrats, tandis qu'elle semble cruellement épargner de sa vertu l'univers des professionnels en droit de la consommation. En effet, l'exclusion des professionnels-consommateurs de la protection consumériste est d'autant plus précarisante pour ces contractants, que le droit contemporain ne s'est guère préoccupé d'eux, notamment sous l'influence consumériste. On remarque que l'idée générale selon laquelle des professionnels sont de potentielles parties faibles au point de vue informationnel, peine véritablement à percer en doctrine.

Cependant, il faut admettre que le consommateur n'est pas aussi faible que le professionnel, surtout au point de vue du déséquilibre informationnel de base à la conclusion d'un contrat. C'est le Pr. D. Mazeaud qui faisait remarquer que « *l'esprit d'entreprise ne rime pas nécessairement que l'on sache avec la compétence juridique* »²⁸³. Un professionnel n'est pas toujours un technicien, selon le contrat passé. La logique du droit de la consommation est de

²⁸⁰ G. Paisant, « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? », JCP G 2013, 589, spéc. p. 1033 : « *Enfin, quitte à nous répéter, comment ne pas remarquer l'aspect pour le moins intrigant de cette définition finaliste qui ne fait pas expressément référence à la situation de faiblesse ou d'infériorité du consommateur dans sa relation avec le professionnel (...)* »).

²⁸¹ Comme le souligne D. Mazeaud, en lien avec ce qui a été dit de l'attraction du droit de la consommation plus haut, « *On nous concédera, en effet, qu'il est curieux d'annexer au droit de la consommation des règles du droit commun parce qu'elles ont vocation à assurer la protection des consommateurs et de refluer du domaine du droit de la consommation des contractants dont le besoin de protection est avéré* » D. Mazeaud, *l'attraction du droit de la consommation*, RTD com., 1998, p. 98, n° 7.

²⁸² D. Mazeaud, « Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ? », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 710, n° 17.

²⁸³ D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », *op cit.*, p. 103, n°15.

considérer tous les consommateurs comme des faibles, et tous les professionnels comme des forts²⁸⁴. À ce titre, faisait remarquer le Pr KANTE qu'« *il apparaît, de nos jours, que l'exclusion des professionnels peut paraître excessive puisqu'ils peuvent, en cette qualité, négocier un contrat dans la perspective du droit de la consommation et se placer dans la situation d'une personne dépourvue de qualification technique qui les placent dans une position d'infériorité contractuelle* »²⁸⁵. En droit de la distribution, la détermination de la partie faible se fait par référence à la situation dépendance. La notion de partie faible n'est pas propre aux relations entre professionnels et non-professionnels entendus au sens large, c'est toute personne qui n'agit pas dans le cadre de son activité professionnelle. Il peut arriver que le professionnel soit moins expérimenté que son contractant n'agissant pas dans le cadre de son activité professionnelle. Les professionnels sont très divers, et il existe donc naturellement dans cette diversité de nombreux contractants potentiellement faibles dont une protection devrait être de mise.

B. L'extension de la protection *ratione materiae* en matière consumériste

Il faut constater que la protection qui existe en matière consumériste, réservée en grande partie au consommateur, traverse même cette dichotomie de catégorisation contractuelle. C'est ainsi que dans le cadre de l'encadrement des relations contractuelles entre professionnels et consommateurs, ce caractère limitatif de la protection reste visible. En plus d'avoir démontré que le professionnel peut à bien des égards subir un préjudice résultant de la logique protectionniste en droit de la consommation, il est sans conteste qu'il en va de même dans les rapports contractuels. La conclusion d'un contrat de consommation peut présenter plus d'intérêts pour un professionnel que pour un consommateur. En effet, « *la survie d'une entreprise est parfois conditionnée à la conclusion ou au maintien d'un contrat de situation* »²⁸⁶. Or, si on fait notamment exception des crédits ou des sûretés, un consommateur victime d'un défaut de livraison d'électricité, du dysfonctionnement d'un appareil acquis, ou d'une mauvaise exécution de la prestation de service d'une société, sera bien moins lésé qu'un

²⁸⁴ « *Le professionnel sait, ou est censé savoir, de sorte que son engagement ne mérite pas une information renforcée lors de la phase précontractuelle* » ; V. J. Mestre, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », in Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida, *Dalloz*, 1991, p. 249.

²⁸⁵ A. KANTE, *réflexion sur le droit de la concurrence et la protection des consommateurs dans L'UEMOA : l'exemple du SÉNÉGAL, nouvelle Annales africaine*, n°1, 2009, p. 273.

²⁸⁶ « *À tout prendre, s'il fallait choisir, il serait même peut-être préférable qu'il [le professionnel] fut assisté dans le domaine professionnel plus grave de conséquences plutôt que dans celui de sa vie privée* » ; V. Adde J. Beauchard, « *Remarques sur le Code de la consommation* », in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, spéc. p. 18.

professionnel qui, dans la plupart de ces hypothèses, subirait potentiellement de graves pertes économiques.

Le constat de l'extension nécessaire de la protection dans l'encadrement des rapports contractuels découle du fait que la relation de consommation peut être troublée de manière extrême, ce qui entraîne subséquemment un problème de protection du faible. À la base, c'est le consommateur qui reste protégé, mais si le consommateur est extrêmement difficile à identifier alors un problème se pose. Dans cette perspective, les exemples qui démontrent cette situation sont palpables, la catégorie des consommateurs professionnels en est une illustration parfaite. Dans les récents efforts du législateur sénégalais pour un meilleur encadrement des relations contractuelles entre professionnels et consommateurs, il a été institué ce que d'autres appellent le standard du « *déséquilibre significatif* » avec la loi 2021 sur les prix et la protection du consommateur. En effet, cette loi, en consacrant une manière de contrôler l'équilibre des contrats de consommation, consacre aussi la possibilité de pouvoir annihiler toutes clauses créant un déséquilibre significatif. Cependant, cette notion de déséquilibre significatif emporte de notre point de vue un champ d'action assez large semant une imprécision conceptuelle²⁸⁷. La notion n'en est pas moins distincte sur le fond. Ses conditions de mise en œuvre, les objectifs qu'elle s'assigne et les incertitudes qu'elle nourrit quant à la nature de l'action qui y est attachée font de cette notion un objet d'étude particulièrement fécond.

Par ailleurs, si on se réfère au schéma consumériste de la protection, appliqué au domaine de la grande distribution, des problèmes peuvent résulter, car cela reviendrait à placer le fournisseur dans une situation de faiblesse objective à l'égard de son distributeur. Cependant, cette approche mérite d'être nuancée dans la mesure où les rapports commerciaux entre ces deux catégories de cocontractants ne sont en réalité pas aussi manichéens que cette décision pourrait le laisser croire. La puissance économique de certains acteurs commerciaux emporte dans bien des cas des déséquilibres contractuels au moins aussi flagrants que ceux qui affectent les relations entre fournisseurs et distributeurs. Penser qu'on peut appliquer au monde des affaires un outil juridique de protection d'une catégorie de contractants par définition faibles peut paraître inadapté tant la philosophie du droit commercial est étrangère à

²⁸⁷ V. les interrogations de M. Chagny, L'Art. L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations, *D.* 2011, p. 392 ; ou la critique plus radicale de C. Lucas de Leyssac, M. Chagny, Le droit des contrats, instruments d'une forme nouvelle de régulation économique ? *RDC* 2009, 1268 ; M. Behar-Touchais, Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'Art. L. 442-6, I, 2° du Code de commerce va-t-il devenir une « machine à hacher le droit ? » *RLC* 2010/23, p. 43 et s.

ce type de raisonnement. S'il est exact que la plupart des grands distributeurs profitent de leur pouvoir pour imposer à leurs fournisseurs des conditions de vente qui leur sont défavorables, il n'en reste pas moins que certains fournisseurs internationaux bénéficient aujourd'hui d'une puissance économique comparable à celle de grands groupes, dans le même temps que certains distributeurs se trouvent dans une situation de dépendance économique comparable à l'égard de leurs fournisseurs.

Paragraphe 2 : Pour une meilleure consécration des standards juridiques

Si le déséquilibre contractuel irrigue et transcende le droit commun des contrats, c'est parce que ce dernier reste très mal outillé pour l'appréhender. Et justement, l'un de ces outils qui permet de contrecarrer le déséquilibre contractuel demeure les standards juridiques. Ainsi, le renforcement de leurs consécutions sous le prisme du droit spécial (A) aurait pour effet de s'apercevoir de leurs vertus anesthésiantes du déséquilibre contractuel (B).

A. Le renforcement quantitatif des standards juridiques

La notion de standard²⁸⁸, comme celle de norme, est polysémique. Elle est marquée au demeurant d'une acception juridique autonome dégagée dans les années 1920 sous l'influence de l'École de Lyon²⁸⁹. Ces standards juridiques peuvent être définis comme des normes juridiques de référence intentionnellement souples destinées à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité. Ces standards sont généralement considérés comme des outils d'interprétation et d'orientation souple de la règle de droit. Le standard ne se confond donc pas avec la norme, mais il désigne un certain usage de celle-ci, symptomatique du droit « *post-moderne* »²⁹⁰. Il s'agit d'ériger la norme en un niveau de référence à atteindre en matière contractuelle. Le standard se présente, dans cette perspective, comme une manifestation du contrôle objectif de l'équilibre contractuel dans la mesure où il consiste à s'assurer d'un certain niveau d'équilibre entre les droits et les obligations des parties.

²⁸⁸ Le terme standard vient de l'ancien français « *estandard* » qui désigne l'étendard en tant que signe de ralliement. C'est donc l'idée d'une certaine référence collective qui ressort de cette définition.

²⁸⁹ Il existait cependant des standards juridiques en droit romain tels que la « *bonne foi* » ou « *le bon père de famille* ». C'est en revanche dans les années 1920 que la doctrine s'intéresse au standard comme une technique d'interprétation de la loi et du contrat.

²⁹⁰ J. Chevallier, *L'État post-moderne*, LGDJ, 3ème éd., 2008, p. 143 : « Une conception nouvelle du droit, caractérisée par le reflux des éléments de contrainte et d'unilatéralité, est apparue dans les sociétés contemporaines. Plutôt que de recourir aux commandements juridiques traditionnels, on tend à faire appel à des techniques plus souples, relevant d'une « direction juridique non autoritaire des conduites ».

On ne peut à proprement parler que de renforcement de la consécration des standards juridiques sous le prisme du droit spécial dans la mesure où le terrain n'est pas complètement dessert. Il est possible de retrouver dans diverses dispositions spéciales une consécration expresse de ces standards juridiques dont le plus prompt à notre égard pour contrecarrer le déséquilibre contractuel reste le standard juridique de la bonne foi. Plaider pour un renforcement des standards juridiques sied plus d'avoir comme réceptacle le droit commun que le droit spécial. De par l'importance et la large portée du droit commun sur le droit spécial, une simple allusion faite à ces standards juridiques dans le droit commun s'étendrait systématiquement à tous les contrats de droit privés. Cependant, à défaut de consécration par le droit commun, le droit spécial aurait une carte à jouer importante dans la régularisation des relations contractuelles.

Néanmoins, il est possible de retrouver des traces de consécration des standards juridiques dans divers corpus juridiques. Celui de la « *bonne foi* » ou la « *loyauté* » restent des standards de comportement les plus usuellement rencontrés. L'Acte uniforme portant droit commercial qui dans son article 237 de L'AUDCG prévoit que « les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi (...) ». Cette consécration reste d'une importance fondamentale dans la maîtrise du déséquilibre contractuel. En effet, à étendre notre analyse, nous nous apercevons que par cette consécration, en plus d'exiger aux parties la tenue d'un comportement loyale, le législateur admet la théorie de l'imprévision. Cette admission de la théorie de l'imprévision tire sa source du fait que les premiers mouvements d'admission en France de celle-ci étaient justement fondés sur cette exigence de bonne foi.

En matière de contrat d'assurance, on ne retrouve pas expressément une consécration de la bonne foi, mais plutôt une allusion faite à ce type de standards. On serait tenté même de qualifier la posture du législateur communautaire comme une posture relevant d'une standardisation du comportement de l'assureur et de l'assuré face aux exigences de la loyauté et de la bonne foi contractuelle. Ainsi, le législateur s'est évertué à dicter un comportement précis. Étant donné que l'asymétrie au plan informationnel risque de créer un préjudice appréciable dans l'équilibre contractuel l'article 06 du Code CIMA impose une obligation précontractuelle d'information à l'assureur²⁹¹. Parallèlement, l'article 12 dudit Code impose à l'assuré d'être de bonne foi en répondant exactement aux questions posées par l'assureur. Par ailleurs, à titiller le projet d'acte uniforme du droit des contrats de L'OHADA, on remarque la place qu'occupe la consécration des standards juridiques. L'article 06 du projet d'Acte

²⁹¹ Il s'agit d'une information sur le prix les garanties et les exclusions contenues dans une fiche.

uniforme du droit des contrats dans l'espace OHADA est une pâle copie de l'article 237 de l'AUDCG. Ainsi, cette consécration laisse présager que pour une éventuelle révision du droit commun, une bonne place serait allouée aux standards juridiques.

B. Les vertus anesthésiantes des standards juridiques

Conventionnelle ou légale, la consécration des standards juridiques n'est pas une chose anodine. En effet, même si une certaine imprécision peut entourer ces dernières, force est de constater que leurs apports restent d'une grande importance. Les standards, par leur caractère général et leur incomplétude, supposent une recherche des buts et des valeurs qui leur sont attachées. Les standards juridiques propres aux déséquilibres contractuels appellent un travail de réflexion des juges sur la valeur qu'imprime ce standard en négatif sur la matière contractuelle, sur ce que devrait être idéalement le comportement des parties ou leur rapport d'obligations.

Qu'il s'agit de l'abus de faiblesse, de la situation de dépendance économique, de l'exécution excessivement onéreuse, de la contrepartie convenue ou de l'obligation essentielle, ces standards juridiques s'intéressent tous à la gestion des déséquilibres contractuels. Pourtant, le développement de ces standards peut paraître paradoxal dans la mesure où il se concilie mal, *a priori*, avec l'objectif de sécurité juridique promu par certaines doctrines. C'est au demeurant parce que la cause, comme instrument régulateur, constituait une notion trop abstraite et insaisissable, que le législateur a entendu la supprimer par exemple du Code civil. Les contextualistes américains ont néanmoins souligné l'intérêt des standards en matière de gestion des déséquilibres contractuels. Ces derniers ont en effet démontré que le standard juridique permettait au juge d'adopter une solution plus juste, tenant compte des faiblesses de certaines parties. Un autre courant, celui des néo-formalistes, insiste au contraire sur la nécessité de se doter de règles de droit suffisamment précises pour assurer une sécurité juridique suffisante et éviter autant que possible l'arbitraire du juge. C'est à ce même dilemme que se confrontent les législations récentes portant sur la matière contractuelle. Il est évident qu'une utilisation assez linéaire des standards juridiques peut induire à un fourretout juridique. Les standards juridiques sont très souvent considérés comme étant marqués d'imprécisions notoires.

Non institué juridiquement, il est possible pour les parties au contrat de pouvoir instaurer leur propre standard juridique en s'imposant des normes de conduite. En effet, la liberté contractuelle permet aux parties de prévoir des clauses contractuelles leur imposant une

conduite particulière. Connue sous la dénomination de clauses de comportement, la stipulation de ces derniers dans un contrat est semblable à la consécration d'un standard juridique légal. Malgré l'existence de prescriptions d'ordre légal ou jurisprudentiel, les contractants peuvent prévoir des clauses de comportement venant renforcer ou du moins rappeler ces exigences. Ces clauses ont alors pour fonction de renforcer la collaboration entre les contractants. Si elles apparaissent sous des formes très diverses, elles prétendent toutes à la stabilité du contrat par la détermination préalable du comportement des parties. Il peut ainsi s'agir de clause dite de « *best effort* », « *de bonne foi* », « *de tolérance* », « *de collaboration* », ou encore « *de fidélité* ». Cependant, l'existence de telles clauses n'est encore possible que dans les contrats où les parties sont de puissances égales et que chaque contractant puisse exprimer sa liberté contractuelle. Ainsi, tout en sachant que le déséquilibre contractuel a comme terrain d'élection les contrats structurellement déséquilibrés, il demeure alors très paradoxal d'envisager l'existence de telles clauses dans ces types de contrats.

La multiplication des standards juridiques ayant trait à l'équilibre contractuel s'inscrit donc dans le phénomène plus général de standardisation du droit des contrats. La multiplication de ces standards soulève, en matière de contrôle de l'équilibre contractuel, la question d'un standard de l'équilibre. N'y a-t-il pas, sous ces standards juridiques, une référence commune : un standard commun qui permette d'identifier ce qu'on peut tenter de désigner comme le « *standard du déséquilibre* » ? Le déséquilibre significatif²⁹² apparaît comme une piste fertile. Enfin, la mise en place de standards juridiques permet de lutter efficacement contre ce déséquilibre contractuel prenant source dans le contenu du contrat. Les contrats sont irrigués par l'existence de clauses abusives qui constituent la locomotive du déséquilibre contractuel. Le principal souci dans l'appréhension de ces clauses abusives est que la loi ne peut les répertorier de manière exhaustive. C'est particulièrement dans ce sens que l'importance des standards juridiques se manifeste surtout celui de la bonne foi eu égard aux clauses abusives. Le refus d'adhérer à de telles clauses étant en partie impossible du fait d'un déséquilibre considérable de puissance économique, la partie faible au contrat a tout à fait besoin d'une particulière protection.

²⁹² Raymond Saleilles était l'un des premiers auteurs à avoir évoqué la question du déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésions. V. F. Chénede et Raymond Saleilles, « *Le contrat d'adhésion* », *RDC*, 2012, p. 241.

CONCLUSION

Au regard d'une analyse portée sur la réception du déséquilibre contractuel en droit privé sénégalais des contrats, il résulte que le dépassement de certaines conjectures théoriques axées sur la théorie générale soit acté. Miné par des inégalités, le champ contractuel est le réceptacle d'un nouveau paradigme : celui de déséquilibres de toutes sortes. Il est clair que l'épithète contractuelle de base consistant à une parfaite égalité des parties est largement faussée par le substantif contractuel actuel traduisant inégalité, déséquilibre et unilatéralisme contractuel. Il résulte ainsi parfaitement de l'analyse du droit positif un sentiment d'indifférence vis à vis du phénomène qu'est le déséquilibre contractuel, car tout semble faire peser une présomption d'équilibre contractuel dans les conventions. La perspicacité de textes résulte néanmoins dans le fait qu'elles contiennent des prescriptions dont une rigoureuse application neutralise toute possibilité de survenance d'un déséquilibre contractuel.

Face aujourd'hui à un mouvement tendant vers une standardisation des contrats²⁹³ où à la fois le consentement des parties ainsi que le contenu du contrat sont de plus en plus détachés de la liberté contractuelle, il est plus qu'impératif d'envisager de nouvelles techniques pour lutter efficacement contre le déséquilibre contractuel. Une évolution du droit commun est plus qu'à l'ordre du jour nonobstant les efforts considérables déployés par le législateur dans la réglementation des divers contrats spéciaux de droit privé. Dès lors, un changement de paradigme, la substitution du jeu des intérêts antagonistes par un esprit de collaboration ne semble-t-il pas être une piste fertile²⁹⁴.

En outre, ne serait-il pas possible d'envisager le déséquilibre contractuel au-delà de la simple relation contractuelle et répondre à l'appel d'un auteur qui préconisait d'« *Appréhender le déséquilibre économique dans un cadre plus vaste que le contrat. En d'autres termes, en élargissant le champ d'analyse, et en utilisant des techniques juridiques telles que l'ensemble contractuel ou l'indivisibilité, appréhender un contrat comme une composante d'une opération économique et apprécier le déséquilibre à ces deux niveaux* »²⁹⁵. Force est de

²⁹³ Les manifestations de cette standardisation sont traditionnellement empruntées aux « formules types 2366 » de contrats qui proposent aux parties d'intégrer un cadre contractuel prédéfini. Qu'il s'agit de formules types impératives ou supplétives, ces dernières se caractérisent par la prédétermination de leur contenu et leur usage répété. L'admission récente des contrats d'adhésions en droit français par l'ordonnance de 2016 prouve à suffisance ce mouvement montgolfier que le phénomène de la standardisation est en phase d'atteindre, mêmes si certains auteurs assignent à la standardisation un but plus orienté vers certains objectifs témoignant des intérêts particuliers des opérateurs de cette standardisation.

²⁹⁴ J. MESTRE, « *l'évolution du contrat en droit privé français* », in « *l'évolution contemporaine du droit des contrats* », Paris, PUF, 1886, p. 45 et s.

²⁹⁵ G. CHANTEPIE, « La notion d'équilibre du contrat », *Loyers et Copropriété* oct. 2016, n° 10, dossier 6.

reconnaitre que cette étude, qui par une approche descriptive, dresse l'état des lieux de la réception du déséquilibre contractuel n'ignore pas l'existence par-delà de situations juridiques plus complexistes car « *il se crée aujourd'hui de nouvelles pratiques très complexes, encore inconnues de la vie économique et juridique il y-a de cela des dizaines d'années, mais qui néanmoins sont devenues incontournables pour leurs acteurs* »²⁹⁶. Sans aucune prétention, cette constatation nous interroge sur l'impact susceptible d'être généré par le déséquilibre contractuel dans les opérations complexes. Le contrôle du contenu du contrat s'étant toujours fait par le truchement de certaines dispositions²⁹⁷, mais n'ayant jamais eu de base légale²⁹⁸, il reste possible, sans gloser outre mesure, d'envisager l'intégration d'un dispositif permettant de s'assurer d'un tel contrôle ou l'adaptation de certaines sanctions juridiques²⁹⁹ eu égard au rôle subsidiaire du juge sénégalais dans l'évolution des contrats³⁰⁰. À notre niveau, l'encadrement du déséquilibre contractuel exige plus du juge que du législateur car en tant que phénomène contractuel, il ne peut exister un encadrement légal, exhaustif, modelable au grès des circonstances apte à saisir les évolutions contemporaines de ce phénomène.

En tout état de cause, il s'avère évident qu'en lieu et place d'une refonte radicale, l'observation d'une certaine prudence s'impose résultant que le contrat reste la chose des parties et son équilibre, celui voulu par les contractants fût-il manifestement défavorable à l'un d'eux.

²⁹⁶ N. S. DIAGNE DIR, *La pratique du montage contractuel : réflexion sur une figure juridique en construction*, Thèse UCAD, 2015, p. 11.

²⁹⁷ L'attention des codifiants fut plus portée vers l'affirmation d'un principe d'indifférence vis-à-vis de l'équilibre des prestations que sur l'équilibre des clauses du contrat.

²⁹⁸ Le COCC ne consacre pas expressément une disposition qui permet au juge de contrôler le contenu du contrat. Cependant, le droit spécial, notamment celui de la consommation et de la concurrence, commence à consacrer le standard du déséquilibre significatif pour faciliter un tel contrôle. Le juge aurait ainsi à la demande de la partie lésée ou d'office avoir le pouvoir de prononcer l'anéantissement des clauses jugées abusives.

²⁹⁹ Nous faisons référence ici à la sanction qu'est la caducité du contrat qui, au regard de l'adaptabilité qu'elle a subi grâce à la réforme de 2016 en droit français, permet de neutraliser le déséquilibre contractuel.

³⁰⁰ Le constant général étant qu'« *il importe de relever la perte de prestige du législatif lorsqu'il se trompe et la prise de pouvoir consécutive par le judiciaire. La jurisprudence est en effet d'autant plus libre pour exercer son pouvoir créateur que le législateur est absent ou tâtonne* ». C. JAROSSON, *Le législateur peut-il avoir tort ?*, Etudes à la mémoire du Professeur Bruno OPPETIT, Paris, Litec, 2010, p. 373 et s.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, COURS

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Librairie J. Vrin, 1987, Livre V, Chap. IV, 1594 p.

BRACONNIER (S.), *Droit des services publics*, PUF, 2^e éd., 2007, 621 p.

CARBONNIER (J.), *Cours de droit civil, 2^{ème} année de capacité, année 1956-1957, service d'édition des cours de la faculté de droit*, 101 p.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, t. 4, Les obligations*, Paris, *Thémis*, PUF, 1992, 665 p.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, vol. 1, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, 2004, PUF, spéc. n° 429, 2574 p.

CARBONNIER (J.), *Flexible droit : textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 1998, 493 p.

CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, LGDJ, 3^e éd., 2008, 266 p.

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations*, t. III, 1931, *Gallica*, n° 637, 571 p.

GÉNY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t.1, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1954, 492 p.

GOYARD-FAVRE (S.) et **SEVE (R.)**, *Les grandes questions de la philosophie du droit*, PUF, 1986, 352 p.

HAURIOU (M.), *Principe de droit public*, Dalloz, Sirey 1916, 813 p.

MAZEAUD (H.L.), **MAZEAUD (J.)**, *Leçons de droit civil, t. II, vol. 1, Obligations, Théorie générale*, 8^e éd. Par F. CHABAS, Montchrestien 1991, 1355 p.

MOUSSERON (J.M.), *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 2010, 5^e éd., par P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, 454 p.

NDIAYE (I.Y.), *Cours de droit des obligations (Sénégal)*, UCAD, inédit, 134 p.

PLANIOL (M.), **Ripert (G.)**, *Traité de droit civil français*, t. 6, par Esmein, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1952-1962, 880 p.

RIPERT (G.), *Aspect juridique du capitalisme moderne*, LGDJ, Coll. Reprint, Paris, 2^e éd. 1951, 354 p.

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949, 424 p.

TERRE (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil : Les obligations*, Dalloz Précis, 8^e éd. 2002, 1800 p.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX

FIN-LANGER (L.), *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002, 651 p.

GAUDEMET (S.), *La clause réputée non écrite*, *Economica*, 2006, 380 p.

GAYARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, collection droit civil, *Economica*, 1985, 249 p.

GHESTIN (J.) et FONTAINE (M.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison franco-belges*, LGDJ, coll., Bibliothèque de droit privé, t. 261, Paris, 1996, 676 p.

LITTY (O.), *Inégalité des parties et durée du contrat. Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, 1999, 484 p.

LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir : Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, 573 p.

MAIGA (A. I.), *Le déséquilibre contractuel en droit malien*, Harmattan, 2020, 542 p.

III. THÈSES

CASSIEDE (M.), *Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé*, Thèse Bordeaux, 2018, 856 p.

DIAGNE NDIR (N. S.), *La pratique du montage contractuel : réflexion sur une figure juridique en construction*, Thèse UCAD, 2015, 540 p.

DIATTA (T.), *La protection de la personne du consommateur en droit sénégalais*, Thèse UCAD, 2017.

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse DIJON, 1912, 470 p.

GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, Thèse Amiens, 2008, 523 p.

JACQUEMIN (H.), *Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel*, Thèse Université Notre-Dame de la Paix, Namur, 2009. 425 p.

LASBORDES (V.), *Les contrats déséquilibrés*, Thèse Aix Marseille, 2000, 747 p.

LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Thèse Lille II, 2012, 568 p.

PEROT-MOREL, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Thèse Grenoble 1961, 294 p.

RAYSSAC (M.), *L'adhésion en droit privé*, Thèse Université Montesquieu- Bordeaux IV, 2004, 494 p.

VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Thèse Paris I, LGDJ, 1986. 334 p.

IV. ARTICLES ET NOTES DE DOCTRINE

AMSELEK, « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », *RRJ* 1999, spéc. p. 50.

ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p.771 et s.

AYNÈS (L.), « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, *Economica*, coll. Études juridiques, n° 9, 1999, n° 4, p. 4.

BARBIER (H.), « l'équilibre du contrat à la lumière de l'innovation qu'il permet », (Com. 31 mars 2021, n° 19-16. 214, inédit), *RTD civ.* 2021, p. 403.

BEAUCHARD (A. J.), « Remarques sur le Code de la consommation », in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, spéc. p. 18.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « La théorie de l'imprévision revue et corrigée par le droit commercial », *RLC* 2010, p. 43 et s.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce va-t-il devenir une « machine à hacher le droit ? » *RLC* 2010/23, p. 43 et s.

BROS (S.), « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? » *RDC*, octobre 2012, p. 1452.

CABRILLAC (M.), « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges G. Marty*, p.238 et s.

CARBONNIER (J.), « L'évolution contemporaine du droit des contrats », Introduction à L'évolution contemporaine du Droit des Contrats. Journées René Savatier (Poitiers 24-25 octobre 1985), Paris, *PUF*, 1986, p. 34 s.

CHAGNY (M.), « l'empiétement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *RDC* 2004, n°3, p. 861.

CHANTEPIE (G.), « La notion d'équilibre du contrat », *Loyers et Copropriété*, 2016, n° 10.

CHAZAL (J.-P.), « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, *PUG*, 2000, p. 243 et s.

CHENEDE (F.) et SALEILLES (R.), « Le contrat d'adhésion », *RDC*, 2012, p. 241.

CHÉNÉDÉ (F.), « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC*, n° 3, p. 655.

COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », *JCP G* 1993, I, n°3691.

DECOTTIGNIES (R.), « Réflexions sur projet de Code sénégalais des obligations », *Annales Africaines* 1962, p. 171.

DIALLO (A.), « la protection de la partie faible dans les contrats de distribution en droit sénégalais et français », *Nouvelle Annales africaine*, n° spécial Vol 2, janvier 2023, p 345.

FABRE (R), « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.* 1983, n°1, p. 388.

FALL (P. T.), « requiem pour le COCC » in *Acte de Colloque sur : le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, *Harmattan*, vol 2, 2018, p. 337.

FENET, PIERRE-ANTOINE, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. T13 / par P.-A. Fenet, t. 13, 224, *Gallica*, 1836, p. 218.

FRISON-ROCHE (M.A), « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD civ.*, 1998, p. 49.

JAMIN (C.H), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Mélanges Ghestin*, 2001, *LGDJ*, p. 441.

JARROSSON (C.), « Le législateur peut-il avoir tort ? », *Études à la mémoire du Professeur Bruno OPPETIT*, Paris, *Litec*, 2010, pages 373.

JESTAZ (P.), « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in mélange offert à P. Raynaud, p. 273.

JESTAZ (P.), « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in : L'évolution du droit des contrats, *PUF*, 1986, p. 135.

JESTAZ (P.), « La sanction ou l'inconnu du droit », *Dalloz*, 1986, chronique, p. 202.

JOSSERAND (L.), « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.*, 1937, p. 5.

KANTE (A.), « Réflexion sur le droit de la concurrence et la protection des consommateurs dans L'UEMOA : l'exemple du SÉNÉGAL », *nouvelle Annales africaine*, n°1, 2009, p. 273.

KASSOUL (H.), « Propos introductifs : l'équilibre, cette norme primitive et relative : équilibre(s) et déséquilibre(s) en droit », colloque, 21 Juin 2019, Nice.

KOÏTA (Y-S), « Revue internationale de droit économique », 2020/3 (t. XXXIV), *Éditions Association internationale de droit économique*, pp. 297-318.

LASBORDES (V.), « Retour sur les contrats déséquilibrés après l'ordonnance n° 2016- 131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations Contribution », in : *Mélanges en l'honneur du professeur Corinne Saint-Alary-Houin*, 2020, p.311.

Le GAC-PECH (S.), « les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », 2016, *LPA* 16 août 2016, n° 119, p.6 et s.

LECOURT (A.), « Incidences de la loi de ratification 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 sur le droit des sociétés », *RTD com.*, 2018, p.365 et s.

LÉCUYER (H.), « Le contrat acte de prévision », in L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré, 1999, *Dalloz*, p. 643.

LIKILLIMBA (G-A.), « La codification du droit des obligations dans l'espace OHADA », in Acte de Colloque sur : *le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, *Harmattan*, vol 2, 2018, p. 35-49.

LOISEAU (G.), « La puissance du contractant de droit commun des contrats », *AJCA*, n° 12, 16 décembre 2015, p. 496.

MAZEAUD (D.), « Le nouvel ordre contractuel », *RDC*, 01 décembre 2003, n° 1, p. 295.

MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré, Dalloz/PUF/Jurisclasseur*, 1999, p. 603.

MAZEAUD (D.), « L'attraction du droit de la consommation », *RTD com.*, 1998, p. 98, n° 7.

MAZEAUD (D.), « La lésion, répertoire de droit civil », *Dalloz*, 2018, p. 98, n° 7.

MAZEAUD (D.), « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *LPA*, 30 septembre 1998, p. 12.

MEKKI (M.), « L'abus d'état de dépendance (article 1143 du c. civ.) quelques réflexions », In *acte de colloque sur la dépendance en droit économique, regard croisé entre le droit sénégalais et français*, Dakar les 4 et 6 décembre 2019, p. 128 et s.

MEKKI (M.), « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2nd partie) : l'efficacité des clauses contractuelles », *RDC* 2007, n°2 p. 239.

MESTRE (J.), « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida, Dalloz*, 1991, p. 249.

MESTRE (J.), « L'évolution du contrat en droit privé français », in « *l'évolution contemporaine du droit des contrats* », Paris, *PUF*, 1886, p. 45 et s.

MESTRE (J.), « L'exception d'inexécution doit demeurer une riposte proportionnée et raisonnable », *RTD civ.*, 1996, p. 395.

NDIAYE (A.T.) « Affaire Bocar Samba DIEYE c/ CBAO : Réflexions sur la protection de l'illettré par Le COCC », in Nd. Diouf, M. B. Niang et A. A. Diouf, (sous-dir.), *Le Droit Africain à la quête de son identité, Mélanges offerts au Professeur Isaac Yankhoba Ndiaye, Harmattan*, p.760.

NDIAYE (C.A.W), « Libre propos sur la protection du consentement cinquante années après, », in *Acte de Colloque sur : le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après, Harmattan*, vol 2, 2018, p. 393-394.

NDIAYE (I.Y.), « Leçon inaugurale : le COCC 50 ans après (regard furtif) », in *Acte de Colloque sur : le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après, Harmattan*, vol 1, 2018, p. 21-31 et s.

NGWANZA (A. A.), « L'équilibre contractuel dans l'avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats », *Rév. dr. unif.* 2008, page 497.

NIANG (B.), « L'intention dolosive », in Acte de Colloque sur : *le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Harmattan, vol 2, 2018, p. 497.

OPPETIT (V.), « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship », *JDI*, 1974, p. 794.

PAISANT (G.), « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? » *JCP G* 2013, 589, spéc. p. 1033.

PORTALIS (J.-E.-M.), « Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er pluviôse an IX », *Litec*, 2004, p. XXIV.

REIS (P.), « Déséquilibres économiques et relation entre la grande distribution et ses fournisseurs », in : les déséquilibres économiques et le droit économique, (Dir. L. BOY), éd. *Larcier*, 2015, p. 49-64.

REVEL (Th.), « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la direction de Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, *Economica*, "Etudes juridiques", Vol. 9, 1999, p. 31 s.

RIEG (A.), « La lutte contre les clauses abusives des contrats (Esquisse comparative des solutions allemande française) », in *Études offertes à René Rodière*, *Dalloz*, 1981, p. 221.

ROMANO (S.), « L'ordre juridique », Paris, *Dalloz*, 1975.

ROUHETTE (G.), « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Etudes offertes à R. Rodière*, *Dalloz*, 1982, p. 256.

ROUVIERE (F.), « L'analyse économique des vices du consentement : une nouvelle vision d'une théorie classique », *RRJ*, 2008, p. 2488.

SARR (G.B.), « La période contractuelle : entre libertés et contraintes », in Acte de Colloque sur : *le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Harmattan, vol 2, 2018, p 573 et s.

SAVATIER (R.), « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui », 2e série, éd., 1950, *Dalloz* n° 12.

SECK (I.), « Des quelques mutations du droit sénégalais des contrats de droit privé », *Annales africaines*, n° Spécial, 2020, p. 38 et s.

SIRINELLI (P.), « L'équilibre dans le contenu du contrat », *Dalloz*, 2016, p. 240.

SPITZ (J.-F.), « Qui dit contractuel dit juste : quelques remarques sur une formule d’Alfred Fouillée », *RTD civ.*, 2007, p. 281 et s.

THIBIERGE (C.), « Libres propos sur les transformations du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, p. 357.

THIOYE (M.), « Le COCC, un « Code civil français » sous les tropiques ? » in Acte de Colloque sur : *le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Harmattan, vol 2, 2018, p. 597.

WANE (D. Y.), « Après cinquante ans de codification, quels avenir pour le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal ? » in Acte de Colloque sur : *le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Harmattan, vol 2, 2018, p. 597.

V. LÉGISLATIONS

- Acte uniforme portant droit commercial général, J.O OHADA n°23, 15 février 2011.
- Acte uniforme du 30 janvier 2014 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d’intérêt économique, J.O OHADA, n° spécial du 04 février 2014.
- Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats (avant-projet).
- Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d’apurement du passif, J.O OHADA spécial du 25 septembre 2015.
- Code civil français de 1804 dans sa version révisée par l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, 11 février 2016, texte 26 sur 113.
- Code de commerce français, *JORF* n° 0216 du 16 septembre 2021, texte n°21.
- Code des obligations civiles et commerciales (COCC) en sa partie générale ; V. Loi n°63-62 du 10 Juillet 1963 portant partie générale du COCC, J.O. Samedi 31 août 1963, p. 120.
- Constitution de la république Sénégalaise du 22 janvier 2001, *JORS*, n° spécial 5963 du 22 janvier 2001, p. 27.
- Convention internationale de vente de marchandises de 1980.
- Décret n° 2008-718 du 30 juin 2008 relatif au commerce électronique pris pour l’application de la loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques ;

- Directive N° 01/2006/CM/UEMOA relative à l'harmonisation des politiques de contrôle et de régulation du secteur des télécommunications.
- Loi n° 2011-01 du 24 février 2011 portant Code des télécommunications.
- Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0093 du 21 avril 2018.
- Loi n° 72 – 61 du 12 juin 1972 portant code de la famille, *JORS* 1972, p. 1295.
- Loi n° 94-63 du 22 Aout 1994 sur les prix la concurrence et le contentieux économique.
- Loi n° 97-17 du 1er décembre 1997 portant Code du Travail, *JORS* 13 décembre 1997, n° 5776, p. 504-537.
- Loi n° 2021-25 du 12 avril 2021 sur les prix et à la protection du consommateur.
- Règlement n° 007/2007/CM/UEMOA du 06 avril 2007 relatif à la sécurité sanitaire des végétaux, des animaux et des aliments dans l'UEMOA.
- Traité du 10 Juillet 1992 instituant la conférence interafricaine des marchés d'assurance tel que modifié par le règlement n°006/CIMA/PCMA/PCE/2018 du 12 avril 2018.

VI. JURISPRUDENCES

- C.A de Dakar, ch. com., 2 fév. 2012, arrêt n° 44, inédit.
- C.E 30 mars 1916, D 1916, 325.
- Cass. 1re civ., 3 mars 1998, n° 95-15799, *Credimo*, *Bull. civ. I*, n° 85.
- Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, n° 91-15778, 93-13688, 91-15999, 91-19653, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile », t. 2, 13 -ème éd., *Dalloz* 2015, n° 152 à 155.
- Cass. civ. 1ère, 13 octobre 1998, *Bull. civ. I*, n° 300, D. 1999, note Ch. JAMIN.
- Cass. civ. 1ère, 23 mai 1995, *Bull. civ. I*, n° 214, p. 152.
- Cass. civ. 1re, 3 juill. 1996, n°94-14800, *D.* 1997. 500, obs. Ph. Reigné.
- Cass. civ. 6 mars 1876, D 1876, 1, 193, note Giboulot , *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13e éd., t. 2, 2015, *Dalloz*, n° 165, p. 172 s.
- Cass. civ. com., 03 juillet 1996, n°128 ; Amadou Diallo / U.S.B.
- Cass. civ., 3e, 21 févr. 2001, no 98-20.817 ; *Bull. civ. III*, n° 20, JCP 2002. note Jamin.
- Cass. com. 22 oct. 1996, *CCC* 1997, comm. n°24, L. Leveneur.

- Cass. com. 29 juin 2010, n° 09-67.369, inédit.
- Cass. com. 3 mars 2004, obs. E. Baccichetti et J.-Ph. Dom, *LPA* 27 juin 2005, n°126, p. 5.
- Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14.218 : JurisData n° 2016-005478.
- Cass. com., 22 oct. 1996, JCP éd. G 1997, II, 22881, note D. Cohen.
- Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96 18357, *Bull. civ. IV*, n° 277.
- Cass. com., 28 juin 2005, *Bull. civ. IV*, n° 140, D. 2005, p. 2838, obs. S. Amrani Mekki.
- Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18547, Huard, *Bull. civ. IV*, n° 388, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile », t. 2, 13ème éd., *Dalloz* 2015, n° 157.
- Cass. com., 9 décembre 1980, D. 1981.IR.441, obs. D. Mazeaud ; *Contrats, conc. Conso.* 1996, n°19, obs. Leveneur ; *RTD civ.*, 1997.128, obs. Mestre.
- Cass., 17 mars 1999, arrêt n° 78, affaire Moulins SENTENAC c/ H. Hawili - Zen Fawaz, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation n° 7 - année 1998-1999*, avril 2005, p. 31.
- CCJA, 24 janvier 2019, n° 012/2019, obs. T. Baldé, *Lexbase Afrique-OHADA*, 2019, n°27.
- CCJA, 27 décembre 2018, n° 279/2018, Bocar Samba Dieye c/ CBAO.
- Civ .1er, 24 fév. 1993 : D. 1993. 6, note Agostinelli ; JCP 1993. II. 22166, note Paisant.
- CS. 6 avril 2011, SERA c/ DHL SENEGAL SARL, arrêt n° 25, inédit.
- CS. Arrêt n°59, *Bull. arrêts* n° 34-24, p. 56.
- CS. civ. com., arrêt n° 95, *Bull. arrêts* n°6-7, p. 52.
- CS. civ. com., arrêt n° 79 du 05 septembre 2012, *Bull. arrêts* n°4-5, 2012, p 50.
- CS. civ. com., arrêt n° 58 du 20 juillet 2012, *Bull. arrêts* n° 4-5, 2012. p. 43.
- CS. civ. com., arrêt n° 69 du 17 aout 2016, *Bull. arrêts* n°11-12, 2016, p 80.
- CS. civ. Com., n° 13, *Bull. arrêts* 2021.
- CS. civ. com., n° 20, *Bull. arrêts* n°21-22, 2020. p. 30- 47 et s.
- CS. civ. com., n° 48, *Bull. arrêts* n° 6-7, 2013. p. 53.
- CS. civ. com., n° 49, *Bull. arrêts* n° 8, 2014, p. 54.
- CS. civ. com., n° 49, *Bull. arrêts* n° 4-5, 2012 ; p. 47.
- CS., n° 56, *Bull. arrêts* n° 21, 2020. p. 50.
- CS. civ. com., n° 81 du 5 Septembre 2012, *Bull. arrêts* n° 4-5, 2012, p. 52.

VII. WEBOGRAPHIE

- <https://commerce.gouv.sn/>
- <https://ordredesavocats.sn/>
- juricaf.org
- www.cdp.sn
- www.coursupreme.gouv.sn
- www.droit-afrique.com
- [Principes d'UNIDROIT 2016 - Unidroit](#)

TABLE DES MATIÈRES

Avertissement	i
Dédicace	ii
Remerciements	iii
Sigles et abréviations	iv
Sommaire	vi
Introduction	1
TITRE I : L'APPARENTE RÉCEPTION INDIFFÉRENTE DU DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL EN DROIT POSITIF SENEGALAIS	9
Chapitre I : Les justifications théoriques d'une réception indifférente	9
Section I : La théorie générale, point d'achoppement du déséquilibre contractuel	9
Paragraphe 1 : La sanctification du déséquilibre contractuel par le droit commun	9
A. La liberté contractuelle comme fondement voulu de la réception indifférente	10
B. La force obligatoire et ses vertus supposées inhibitrices du déséquilibre.....	12
Paragraphe 2 : La transparence de la réception indifférente	14
A. Le rejet principal du déséquilibre initial : la lésion.....	15
B. Le rejet subsidiaire du déséquilibre circonstanciel : l'imprévision	17
Section II : L'office tempéré du droit spécial à l'égard du déséquilibre contractuel	19
Paragraphe 1 : L'inexistante suppléance du droit commun.....	20
A. La présomption d'équilibre contractuel dans les contrats spéciaux.....	20
B. La stabilité du contrat, préoccupation subsidiaire du droit spécial	23
Paragraphe 2 : L'existence de pratiques édicatrices du déséquilibre contractuel	25
A. La poussée de l'unilatéralisme contractuel.....	26
B. La rayonnement de l'adhésion face à l'office démuné du juge	28
Chapitre II : Quelques manifestations de la réception indifférente.....	30
Section I : Le déséquilibre en valeur des contrats.....	30
Paragraphe 1 : Le rejaillissement du déséquilibre en valeur dans les contrats	30
A. Le déséquilibre en valeur légalement admis	31

B. Le déséquilibre en valeur légalement envisageable	33
Paragraphe 2 : L'appréhension du déséquilibre en valeur.....	35
A. La détermination du déséquilibre en valeur	35
B. Les réponses au déséquilibre en valeur des prestations	37
Section II : Le déséquilibre en pouvoir des contrats	39
Paragraphe 1 : La catégorisation des pouvoirs contractuels source de déséquilibre.....	40
A. Le pouvoir juridique déséquilibrant.....	40
B. Le pouvoir économique déséquilibrant	43
Paragraphe 2 : Les incidences du déséquilibre lié au pouvoir	45
A. La naissance d'une catégorie contractuelle, la partie faible.....	46
B. L'établissement d'une situation particulière, l'état de dépendance	48
TITRE II : LE CONSTAT D'UNE RÉCEPTION SUBTILE DU DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL EN DROIT	
POSITIF SENEGALAIS.....	50
Chapitre I : De la prise en considération légale du déséquilibre contractuel	50
Section I : Les techniques avant-gardistes de neutralisation du déséquilibre contractuel.....	50
Paragraphe 1 : Techniques inspirées du droit commun.....	50
A. La neutralisation des déséquilibres subjectifs	51
B. La neutralisation des déséquilibres objectifs	53
Paragraphe 2 : Les techniques émergentes du droit spécial	56
A. Le développement du dirigisme contractuel	56
B. La réinvention de la lutte contre les clauses abusives	59
Section II : Les techniques de traitement du déséquilibre contractuel	62
Paragraphe 1 : L'adaptation conventionnelle	62
A. L'adaptation préventive	62
B. L'adaptation curative	64
Paragraphe 2 : Le traitement légal.....	67
A. Le traitement général du déséquilibre, prononcé de la nullité	68
B. Le traitement ciblé du déséquilibre, privation d'effet de certaines clauses.....	70

Chapitre II : Vers une perfectibilité de l'encadrement du déséquilibre contractuel	72
Section I : Plaidoyer pour une réadaptation du droit commun	72
Paragraphe 1 : Une protection renouvelée du consentement	73
A. Le renforcement des obligations précontractuelles	73
B. Une relecture extensive des vices du consentement	75
Paragraphe 2 : Pour une nouvelle configuration du contenu obligationnel	78
A. La nécessité d'une nouvelle appréhension de la force obligatoire du contrat.....	78
B. La solidification des mécanismes de contrôle du contenu du contrat	80
Section II : Le redéploiement du droit spécial face au déséquilibre contractuel	82
Paragraphe 1 : Pour un renouveau protectionniste du droit consumériste	83
A. L'extension de la protection <i>ratione personae</i> en matière consumériste.....	83
B. L'extension de la protection <i>ratione materiae</i> en matière consumériste	85
Paragraphe 2 : Pour une meilleure consécration des standards juridiques	87
A. Le renforcement quantitatif des standards juridiques	87
B. Les vertus anesthésiantes des standards juridiques	89
CONCLUSION	91
BIBLIOGRAPHIE.....	i
TABLE DES MATIÈRES.....	xii