

Université Assane Seck de Ziguinchor
UFR : Sciences Economiques et Sociales
Département : Sciences juridiques



Master 2 Droit des Affaires
Option : Droit Privé Fondamental

Mémoire de MASTER

THEME :
LE CONTRAT, UN ACTE DE PREVISION

Présenté par :

Aloïse Birame FAYE

Encadreur Pédagogique :

Dr. Khalifa A. KANE

Année Universitaire : 2022/2023

AVERTISSEMENT

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

DEDICACE

« Je dédie ce travail :

A vous mes parents : *Paul Diène FAYE* et *Félicité Siga DIOUF*, en reconnaissance à vos sacrifices et à votre affection,

A toi ma bien-aimée épouse, *Louise Binta THIAW*, en hommages à ta tendresse et à ta reconnaissance à tes privations acceptées sans plaintes,

A vous mes frères et sœurs *Pierre, Paul, Ousmane* et *Thérèse*, pour votre fraternité sans cesse couvée par vos soins,

A toi mon fils, *Paul N. Kor FAYE*, pour le courage que tu m'accorde afin d'être un meilleur père pour toi,

A toute la famille *FAYE* et ma belle-famille notamment feu *Etienne THIAW* et *Angèle DIOUF*, pour m'avoir fait confiance en me confiant votre fille,

A mes tuteurs, M. *Omar DJIBA* et M. *Anicio BARAYE*,

Qui ont accepté de prendre soin de ma modeste personne à mon arrivée à Ziguinchor et qui ont contribué à mon épanouissement, mon bien-être et ma réussite à l'Université Assane Seck de Ziguinchor. Ils n'ont ménagé aucun effort pour m'accorder leur hospitalité

A vous mes amis,

A vous tous, ceux qui, de près ou de loin, avez activement participé à ma formation et surtout à la réalisation de ce mémoire,

A vous, étudiants de ma promotion ».

REMERCIEMENTS

La rédaction d'un mémoire fait appel à un travail intellectuel personnel. Mais, sa réussite ne peut se réaliser sans la bonhomie, la disponibilité, la détermination, le soutien et l'engagement de certains. C'est pourquoi, nous adressons nos sincères remerciements :

A mon encadreur, M. Khalifa A. KANE,

Un enseignant-chercheur émérite qui a accepté de diriger ce travail à sa toute première sollicitation. Il est méthodique, compréhensif et très disponible, nonobstant son agenda serré. Son assistance constante, ses conseils et orientations, tout au long de la rédaction du mémoire, manifestant ainsi un encadrement serein, expliquent son rôle déterminant et fondamental durant tout le processus de réalisation de cette entreprise. Vous avez toute ma gratitude vous qui faites office de figure paternelle depuis notre arrivée à l'université.

A mes colocataires, amis et condisciples de promotion qui n'ont cessé de me soutenir dans la rédaction de ce mémoire,

Au corps professoral du Département des Sciences Juridiques notamment M. Ibrahima Seck qui n'a pas ménagé ses efforts afin de m'assister dans cette tâche, je vous en suis sincèrement reconnaissant :

Par sa pédagogie et sa méthodologie incontestées, il a su et pu nous transmettre ses connaissances, faisant de nous ce que nous sommes aujourd'hui.

Que chacun veuille bien trouver ici l'expression de notre sincère reconnaissance.

LISTE DES SIGLES, ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES

Al. Alinéa

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

Art. Article

AJDJ. Actualité juridique de droit et de jurisprudence

AUDCG. Acte uniforme portant droit commercial général

Bull. Bulletin des arrêts de la Cour de cassation

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

Civ. Civil

C. A. Cour d'Appel

Cass. Ass. Plén. Cour de cassation Assemblée Plénière

Cass. Civ. Chambre civile Cour de cassation

Cass. Com. Chambre commerciale Cour de cassation

C. Civ. Code civil français

COCC. Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal

Comm. Commentaires

Collec. Collection

D. Dalloz

D. Chron. Dalloz chroniques

D. J. Dalloz jurisprudence

D. somm. Dalloz sommaires commentés

Ed. Edition

Ibid. Ibidem, au même endroit

Infra : Ci-dessous

JCP. Juris Classeur Périodique

J.O. Journal Officiel

LGDJ. Librairie générale de droit et de jurisprudence

N° : numéro

Obs. Observations

Op. Cit. Opus citate, cité plus haut

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

P. : Page

préc. Précité

PUAM. Presse universitaire d'Aix Marseille

PUF. Presses universitaires françaises

Rev. Revue

RTD Civ. Revue trimestrielle de droit civil

RTD. Com Revue trimestrielle de droit commercial

S. Suivants

Spéc. Spécial

Soc. Social

Supra : Ci-dessus

Vol. Volume

V. Voir

SOMMAIRE

INTRODUCTION :

Chapitre 1 : La prévision, un instrument de pérennisation du contrat

Section 1 : La garantie d'une bonne exécution du contrat

Section 2 : La contribution de la prévision contractuelle à la sécurisation du contrat

Chapitre 2 : La prévision, une contribution à la flexibilisation du contrat

Section 1 : L'élargissement des acteurs intervenant dans le contrat

Section 2 : Le changement d'orientation du contrat

CONCLUSION

INTRODUCTION

Aux termes de l'article 40 alinéa 1 du code des obligations civiles et commerciales sénégalais : « *le contrat est un accord de volontés générateur d'obligations* ». Le contrat est alors un lien par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Cela s'apparente alors à la définition de l'obligation prévue dans le code en son article premier qui dispose que : « *l'obligation lie un débiteur à son créancier en donnant à celui-ci le droit d'exiger une prestation ou une abstention* ». Pour les juristes, le contrat est sans nul doute un acte juridique des plus achevés. Né avec les premiers rapports humains, il s'est exprimé avant d'être formalisé. Notion universelle, le contrat ne se comprend réellement, dans les différents contours qui sont les siens, que dans le système juridique qui l'a poli, façonné au cours du temps¹.

Le contrat relève d'un acte social², en ce sens qu'il est indispensable aux membres d'une société, revenue de l'état de nature. Le contrat est l'une des formes civilisées et pacifiques du commerce humain, c'est-à-dire des rapports interindividuels. Il en est ainsi car il fait appel au consentement. A juste titre, il est classiquement présenté comme un « accord de volonté³ ». Considéré comme tel, le contrat se distingue à cet effet de l'acte unilatéral. L'échange des consentements est l'indispensable clé de voute du contrat. Contracter, c'est convenir; convenir, c'est venir ensemble. Si les volontés sont parfois implicites, elles doivent nécessairement exister. En droit privé, cette notion du contrat occupe une place essentielle. Elle intéresse particulièrement le droit civil, entendu au sens large des relations entre sujets de droit. Ainsi, sur le plan pratique, le contrat est de très loin la source principale et la plus fréquente des obligations⁴. Il n'est pratiquement pas de personne qui ne bénéficie du contrat. Celui-ci nous sert habituellement ; ce qui rappelle la formule suivante de Josserand : « *Nous vivons de plus en plus contractuellement*⁵ ». Cette assertion est d'autant plus vraie étant donné que le nombre de contrats qui sont passés et exécutés en tout temps et en tout lieu, devient

¹ F. COHET, « Introduction », dans : , *Le contrat*, FONTAINE, Presses universitaires de Grenoble, « Droit en + », 2020, p. 5-25. Source : <https://www.cairn.info/le-contrat--9782706145568-page-5.htm>, consulté le 27/06/2024

² V. A. BENABENT, *Droit des obligations*, Paris, Montchrestien, 9^e éd., 2003, p.10 ; cité par E. OUEDRAOGO, « la défaillance contractuelle », *Afrilex*, 2022, p.3

³ Article 40 du Code des Obligations Civiles et Commerciales (COCC)

⁴ Article 39 du Code des Obligations Civiles et Commerciales (COCC) : « Les obligations naissent des contrats légalement formés, des délits générateurs de responsabilité civile et des faits énumérés au titre III du présent livre »

⁵ L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », In *Revue Trimestrielle de Droit civil*, Paris, 1937, pp.1 et s

nombreux. Le contrat innerve alors notre quotidien. Il est un outil nécessaire à la société toute entière dans le but de nouer des liens ou des relations dans presque de nombreux domaines. Il y a par exemple des contrats qui ont pour objet la vente, l'achat, le louage, le prêt, les affaires, la consommation, le travail, le transport, les suretés, la concession, entre autres.

Au regard de tout ce qui précède, il ne fait aucun doute que le contrat en tant qu'*instrumentum*⁶ est d'une nécessité quasiment absolue dans les relations entre les personnes physiques comme morales. Afin d'être valable, le contrat pose certaines conditions sous peine de nullité⁷. Il en est ainsi notamment du non-respect de l'article 42 du Code des obligations civiles et commerciales (COCC) qui dispose : « *libres de contracter ou de ne pas contracter, d'adopter toute espèce de clauses de modalités, les parties ne peuvent cependant porter atteinte par conventions particulières à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ». S'intéresser au contenu du contrat revient à s'intéresser à ce que les parties ont prévu dans le contrat. Il s'agira d'effectuer un lien entre le contrat et l'avenir. C'est alors dans ce sens que le contrat est classiquement présenté comme un instrument de prévision à la disposition des parties⁸. Les anticipations des parties, particulièrement sur l'équilibre initial de l'opération, doivent en effet être maintenues au cours de l'exécution du contrat. Les parties s'assureraient ainsi une emprise sur le temps. Le contrat favorise les anticipations des parties ou, selon une présentation moins positive, vise à préserver le socle sur lequel elles s'étaient appuyées⁹.

Selon le doyen Carbonnier, « *Là où la confiance conviviale pousse à contracter, le pessimisme ancestral y flaire les pièges* »¹⁰. Cette citation capture l'opposition entre deux visions fondamentales de l'acte contractuel : la confiance et le pessimisme. Il résume bien les tensions qui peuvent exister dans la relation contractuelle, que ce soit entre les parties elles-mêmes ou dans leur perception des enjeux du contrat. En effet, le contraste entre la confiance qui pousse à la conclusion spontanée du contrat et le pessimisme qui pousse à l'élaboration de dispositifs

⁶ L'*instrumentum* désigne l'écrit authentique ou sous seing privé contenant la substance de l'acte juridique ou du contrat envisagé par son ou ses auteurs. Il s'agit de l'acte dans son aspect matériel, le document en lui-même, à la différence du *negotium*.

Source : <https://www.droit.fr/definition/2166instrumentum/#:~:text=L'instrumentum%20d%C3%A9signe%20l'acte%20juridique%20ou%20le%20contrat%20envisag%C3%A9%20par%20son%20ou%20ses%20auteurs.&context=la%20diff%C3%A9rence%20entre%20le%20document%20mat%C3%A9riel%20et%20le%20document%20juridique>. Consulté le 26/09/2024

⁷ Voir les articles 42, 47, 84, 86, 87 du COCC

⁸ H. LÉCUYER, Le contrat, acte de prévision, in Mélanges F. Terré, 1999, Dalloz-PUF-Litec, p. 643. Sur ce point, L. THIBIERGE énonce : « Le contrat est acte de prévision. En s'engageant dans la durée, les parties s'essayeront à tout prévoir, pour éviter que leur convention ne subisse les meurtrissures du temps. » V. L. THIBIERGE, Le contrat face à l'imprévu, 2011, Economica, 552 p.

⁹ R. LIBCHABER, Réflexions sur les effets du contrat, in Mélanges J.-L. Aubert, 2005, Dalloz, p. 211, spéc. p. 218.

¹⁰ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion 1996, p. 172.

Source : [Introduction | La base Lextenso](#) Consulté le 28/09/2024

contractuels complexes reflètent une tension entre une approche optimiste à savoir la confiance dans l'autre et une approche réaliste à savoir la méfiance face aux risques potentiels.

Dès lors, les parties sont invitées à décider par quels moyens leurs besoins seront le mieux satisfaits, en envisageant à l'avance l'équilibre qui répondra à l'utilité du contrat et à sa bonne exécution. Elles doivent ainsi prendre en compte l'ensemble des paramètres tels que les risques inhérents à la réalisation d'opérations économiques dont l'exécution s'étale dans la durée en prenant l'exemple des contrats d'affaires. Puisqu'elles souhaitent se lier pour l'avenir, et prévenir ainsi les aléas du temps, les parties prennent en considération l'éventualité d'un bouleversement postérieur des circonstances qui existaient au moment de la formation du contrat. Un contrat, inscrit dans la durée, ne saurait être qualifié d'aléatoire, au sens juridique, du simple fait de l'absence de mesures suffisantes qui auraient permis son adaptation aux circonstances nouvelles. Cela n'enlève en rien que chaque contractant ne formule qu'un consentement à la rationalité limitée. Cela implique une difficulté de prendre en compte l'ensemble des paramètres liés à l'évolution des circonstances extérieures au contrat¹¹.

La formule du contrat comme acte de prévision, touche à l'une des dimensions essentielles du contrat. Elle organise l'action par projection, et lui confère sécurité en garantissant l'exécution conforme des anticipations. Les parties ont aujourd'hui les moyens de lutter contre les défaillances personnelles, grâce à l'emploi de mécanismes purement volontaires. Certains procédés négociés leur permettent également de faire front aux aléas extérieurs, afin de protéger la permanence de l'accord. Leur utilisation se révèle indispensable. Car le droit positif, qui véhicule une conception rigide du temps, n'a pas systématiquement le souci de la sauvegarde des relations. La théorie de l'imprévision, qui favorise leur pérennité, n'est toujours pas admise malgré les ressources de l'exigence de bonne foi. La théorie de la force majeure, quant à elle, est instable. Les techniques de survie de la convention, dont elle autorise la mise en œuvre, ne sont pas encore assez valorisées¹².

Dès lors, le contrat, en tant qu'acte juridique par excellence, repose sur la volonté des parties de prévoir et d'organiser leurs relations dans le temps. Il est conçu pour établir un cadre clair, anticipant les droits et obligations de chacun, afin de garantir la sécurité juridique et la stabilité des échanges. Cependant, cette prévision, qui constitue l'essence même du contrat, se

¹¹ Ph. JOUARY, Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats, thèse dactyl., Paris I, 2002, n° 646 ; in Répertoire de droit civil

¹² D. LABARTHETTE, contrat et prévision : contribution à l'étude des fonctions du contrat, Thèse de droit, Pau, 2004 ; Source : <https://theses.fr/2004PAUU2006> consulté le 24/07/2024

heurte parfois aux aléas de la vie économique et sociale, remettant en question la capacité du contrat à s'adapter aux imprévus. Cela soulève une réflexion sur l'équilibre entre la prévisibilité inhérente au contrat et les mécanismes nécessaires pour répondre aux évolutions imprévues des circonstances. C'est dans ce sens que nous sommes amenés à réfléchir sur le sujet relatif au « contrat, un acte de prévision ».

Ceci étant dit, le contrat est une notion qui regroupe plusieurs définitions tellement il est difficile de s'y accorder. Le mot contrat¹³ vient du latin *contractus* lui-même dérivé de *contrahere* qui signifie rassembler, réunir, conclure¹⁴. Cette origine étymologique met en lumière le rôle central du contrat dans l'établissement de relations juridiques et d'obligations entre les parties. Il s'agit d'un acte par lequel les volontés de plusieurs personnes se rassemblent ou se réunissent afin de créer des effets juridiques.

Il n'est pas sans intérêt de préciser que la définition actuelle du contrat proposé par le législateur français est beaucoup plus large que celle de son homologue sénégalais. En effet, depuis la réforme de 2016, le contrat est défini dans le code civil en ces termes : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.*¹⁵ ». La définition du législateur français montre que le contrat peut jouer plusieurs rôles, non seulement dans la création de nouvelles obligations mais également dans leur modification ou extinction. Par exemple, un contrat de vente crée une obligation pour l'acheteur de payer, tandis que la remise de dette peut éteindre cette obligation. En revanche, la définition du droit sénégalais, qui semble plus restreinte, ne mentionne pas explicitement les diverses fonctions du contrat¹⁶ mais se concentre uniquement sur l'idée générale d'un « *accord de volontés générateur d'obligations* ». Cela reste cohérent avec la notion de base du contrat, mais omet les détails de l'étendue de ses effets.

Du côté de la doctrine, le contrat est défini selon un contexte particulier. Par exemple selon H. Lécuyer, le contrat est classiquement présenté comme un instrument de prévision à la disposition des parties¹⁷. L'auteur rejoint alors ceux qui se questionnent sur l'anticipation des risques dans les contrats : les parties, en fonction de leur expérience ou de leur culture,

¹³ G. ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, th. dactyl., 2 vol., Paris, 1965, no 172, cité in Ph. JACQUES, F. CHABAS, Regards sur l'article 1135 du Code civil, Dalloz, Paris, 2005, p. 387, V. égal. Ph. Jacques, F. CHABAS, p. 389-390 : « la volonté de contracter peut s'entendre de la représentation individuelle d'un intérêt, arbitré (de l'extérieur) par le droit ».

¹⁴ J. GHESTIN, La notion de contrat, Recueil Dalloz, 1990, p.147

¹⁵ Cf C. civ., art. 1101

¹⁶ Il est fait allusion aux fonctions suivantes : création, modification, transmission ou extinction des obligations

¹⁷ H. LECUYER, op.cit. p.647

anticiperont plus ou moins les difficultés et chercheront à s'en prémunir en insérant des clauses prévoyantes ou par la négociation d'un contrat équilibré par exemple. En outre, dans la première édition de ses *Principes de droit public*, Maurice Hauriou, en 1910, présente le contrat comme : « *l'entreprise 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 acte de prévision* ». Notons que l'auteur dans cette assertion, décrit l'ambition radicale et presque visionnaire de l'entreprise contractuelle, qui consiste à faire en sorte que la volonté humaine puisse influencer, voire dominer, les événements à venir. Il s'agit d'une prédiction et d'une anticipation des faits futurs, dans l'idée de les intégrer d'avance dans un acte juridique qui les prendrait en charge avant même leur survenue. De plus, le contrat est perçu comme un instrument juridique, c'est-à-dire une technique juridique permettant aux acteurs économiques d'imaginer des montages contractuels à même de leur permettre d'atteindre une efficacité économique dans le cadre de leurs activités¹⁸.

L'acte de prévision est un concept fondamental dans le droit des contrats et dans la gestion des risques en général. Il désigne un acte juridique par lequel les parties anticipent les événements futurs et les intègrent dans la rédaction de leur contrat. Cet acte vise à prévoir les incertitudes et les risques susceptibles d'affecter l'exécution ou la réalisation des obligations contractuelles. En effet, le terme « *contrat* » revient encore car étant l'une des notions juridiques les plus courantes, « *le cœur de l'activité humaine* »¹⁹, l'une des « *grandes notions du droit privé* »²⁰, l'un des « *piliers du droit* »²¹, l'un de ces « *piliers sur lesquels revient battre une pensée toujours recommencée* »²². Dès lors, le contrat peut être perçu comme un acte de prévision.

L'idée principale de l'acte de prévision est que les parties à un contrat ne se contentent pas de régir les obligations présentes, mais qu'elles cherchent également à anticiper les situations

¹⁸ I. SECK, *Des quelques mutations du droit sénégalais des contrats de droit privé*, Annales africaines, 2019, p.60.

¹⁹ Ph. MALAURIE, « Le droit civil français des contrats à la fin du XX^e siècle », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 186 et s.

Source : [Section 1 Justification du principe d'une étude de la notion de contrat | La base Lextenso](#) Consulté le 04/10/2024

²⁰ V. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis, 2013, 576 p.

Source : [Section 1 Justification du principe d'une étude de la notion de contrat | La base Lextenso](#) Consulté le 04/10/2024

²¹ J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 255.

Source : [Section 1 Justification du principe d'une étude de la notion de contrat | La base Lextenso](#) Consulté le 04/10/2024

²² G. CORNU, « Préface », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1989, p. I.

Source : [Section 1 Justification du principe d'une étude de la notion de contrat | La base Lextenso](#) Consulté le 04/10/2024

futures, telles que les aléas économiques, les événements imprévus ou même les évolutions sociales susceptibles d'influencer le déroulement du contrat. De plus, l'acte de prévision implique que les parties envisagent des mécanismes permettant d'organiser et de réguler les conséquences d'événements futurs dans le cadre du contrat. Ces mécanismes sont souvent intégrés sous forme de clauses ou de dispositions spécifiques, visant à répondre à des situations incertaines. A cet effet, le contrat, acte de prévision, est censé assurer aux parties une certaine maîtrise de l'avenir. Cet atout est cependant soumis à une double condition tenant à l'effectivité et au respect des stipulations contractuelles²³. Ceci étant dit l'acte de prévision dans un contrat est un outil puissant permettant aux parties de prendre en charge l'incertitude et de contrôler les risques futurs. Il traduit la volonté des contractants de ne pas se laisser surprendre par les aléas, mais d'agir proactivement pour protéger leurs intérêts. Cela peut se faire par des clauses anticipant les risques, des assurances, ou même par la révision du contrat en cas d'imprévision.

Les recherches sur la thématique ont permis de réfléchir sur la question suivante : en quoi le contrat est un acte de prévision ?

L'intérêt de la recherche se présente dans l'affirmation du principe selon lequel le contrat demeure un acte de prévision. Le contrat, instrument de domination, voire d'« *appropriation du futur* »²⁴, par la prévision érigée en instrument de puissance : l'idée est connue et communément admise²⁵. Une telle affirmation, néanmoins, peut surprendre : issu du verbe *praevidere*, lui-même composé du préfixe *prae* (devant, avant) et du verbe *videre* (voir), prévoir pourrait, dans un premier sens évident, signifier « *voir avant* », ou plus précisément « *voir par avance ce qui doit arriver* »²⁶. Prévoir aurait alors une valeur en quelque sorte simplement déclarative, n'emportant aucun effet sur la détermination de l'objet, et la notion peine alors, à première vue, à justifier le rôle de verbe créateur qu'on se plaît à lui attribuer²⁷. Mais également, cette recherche sur la prévision contractuelle trouve son sens dans la satisfaction qu'elle donne aux parties si elle se réalise. En outre nous la trouvons dans la nécessité que les volontés des parties manifestées donnent la sécurité non seulement au

²³ G. LARDEUX, *L'efficacité du contrat*, DALLOZ, Février 2011 Source : [L'efficacité du contrat - Thèmes et commentaires - 1](#)

²⁴ J-M TRIGEAUD, « Promesse et appropriation du futur », in « *Le droit et le futur* », Travaux et recherches de l'Université de droit, économie et de sciences sociales de Paris, PUF, 1985, p.63 et s.

²⁵ H. LECUYER, *op.cit.* p.644

²⁶ Dictionnaire LITRE, Voir : « prévoir »

²⁷ L. MARIGNOL, *La prévisibilité en droit des contrats*, thèse de doctorat de l'université de Toulouse, présentée et soutenue le 11 décembre 2017, p.12

contrat mais aussi aux tiers et enfin dans l'espoir que les volontés s'étant normalement développées sont d'accord avec le développement des intérêts généraux des parties²⁸.

Nous nous intéresserons à la vision classique et subjective du contrat, empreinte de rigidité impliquant la prévision contractuelle au niveau de la formation de la convention . En effet traditionnellement, le contrat apparaît comme un moyen donné aux parties d'organiser l'avenir, de prévenir le surgissement de l'imprévisible ou même le simple changement de volonté. Instrument de prévisibilité au service de la sécurité, il constitue une bulle protégée des influences extérieures, un monde clos sur la stabilité duquel les parties peuvent compter. Aujourd'hui, bien que l'on continue souvent à parler de l'immutabilité de ses termes, son indifférence face à l'imprévision ou aux déséquilibres initiaux, se multiplient les signes qui invitent à le considérer autrement. Le contrat n'apparaît plus, en effet, comme un monde fermé, hermétiquement clos ; il est soumis aux influences extérieures, entre en interaction avec l'ordre juridique qui l'accueille et le modèle.

En réponse à la problématique soulevée, il nous semble important de revenir sur les notions du contrat et de l'acte de prévision dans le but de mieux montrer leur importance en tant qu'instrumentum organisant l'avenir. En effet, le contrat, étant un instrument de pérennisation pour les parties, permet de mettre en relief la détermination du contenu de leur relation pour une projection vers l'avenir (Chapitre 1). Par ailleurs, il constitue de par l'élargissement des acteurs intervenant en son sein et par le changement de son orientation une contribution à la flexibilisation de la relation contractuelle. (Chapitre 2).

²⁸ R. DEMOGUE, Traité des obligations en général, t. 6, Paris, Rousseau, 1931, p. 9 et s

Chapitre 1 : La prévision , instrument de pérennisation du contrat

Dans un monde où les relations commerciales et juridiques évoluent rapidement, la prévision contractuelle se positionne comme un outil stratégique essentiel pour assurer la stabilité et la pérennité des accords entre les parties. Elle se distingue par son rôle préventif et structurant, permettant d'anticiper les aléas susceptibles d'affecter l'exécution des contrats. Face à un environnement économique incertain et à la volatilité des marchés, il devient primordial pour les acteurs économiques de se doter de mécanismes juridiques capables de sécuriser leurs engagements, de gérer les risques et de préserver leurs intérêts à long terme²⁹. La prévision contractuelle, en offrant cette capacité d'anticipation, s'impose alors comme un véritable instrument de pérennisation des relations contractuelles.

De ce constat, le contrat est un acte de prévision et, à ce titre, les prévisions des parties doivent être prises en compte et respectées³⁰. En permettant d'anticiper et de gérer les imprévus, elle offre aux parties une plus grande maîtrise des risques contractuels, tout en garantissant une exécution optimale des engagements sur le long terme (Section 1). C'est pourquoi, la prévision contractuelle apparaît comme un instrument de pérennisation incontournable, qui contribue à la sécurisation des relations juridiques (Section 2).

²⁹ Droit des contrats : les clauses essentielles à connaître pour sécuriser vos accords. Par N. LE BOUARD. 1re Parution: 5 mai 2023 ; Source : <https://www.village-justice.com/articles/droit-des-contrats-les-clauses-essentielles-connaître-pour-sécuriser-vos,46052.html> Consulté le 14/10/2024

³⁰ J. GUENETTE-SEIGNEURET, Du devoir de prévision à la faute de prévision, étude sur la notion de prévisibilité contractuelle, Thèse de droit, Paris 1, 2017
Source : <https://theses.fr/2017PA01D049> Consulté le 14/10/2024

Section 1 : La garantie d'une bonne exécution du contrat

Technique permettant de ramener le futur dans le présent, par un phénomène de « présentation »³¹, le contrat favorise les anticipations des parties ou, selon une présentation moins positive, vise à préserver le fondement sur lequel elles s'étaient appuyées lors de sa formation. De ce fait, l'importance de la négociation dans la prévision contractuelle (Paragraphe 1) et la détermination du contenu de leurs prévisions, fait du contrat un instrumentum qui répondra le plus aux besoins des parties (Paragraphe 2)³².

Paragraphe 1 : L'importance de la négociation dans la prévision contractuelle

En tant qu'acte de prévision, le contrat passe par une phase préalable appelée la négociation. Elle constitue une étape importante de la prévisibilité contractuelle. Pour ce faire, le contrat repose fondamentalement sur la liberté des parties de définir les termes de leur engagement. Or, cette liberté ne peut s'exprimer pleinement qu'au travers d'un processus de négociation structuré et anticipatif. La négociation contractuelle joue ainsi un rôle clé dans la prévision, non seulement en permettant aux parties de concilier leurs intérêts, mais aussi en leur offrant la possibilité d'identifier et de gérer les risques inhérents à leur relation future. Cela confère à la négociation une double fonction : garantir la liberté contractuelle (A) et anticiper les risques éventuels (B).

A- La négociation comme garant de la liberté contractuelle

La négociation est l'expression la plus manifeste de l'autonomie de la volonté des parties dans la formation du contrat. Elle leur permet d'établir un cadre contractuel qui reflète leurs attentes individuelles (1) tout en favorisant un équilibre entre leurs intérêts respectifs (2). Ce processus, à la fois personnel et collaboratif, s'inscrit au cœur de la prévision contractuelle en consolidant la liberté des parties dans la détermination de leurs engagements.

1- La négociation, un espace d'expression des volontés des parties

Le mot « négociation » est très souvent spontanément associé à négoce. Étymologiquement, *negotium* ne désigne pourtant pas spécifiquement le commerce mais la non oisiveté, c'est-à-dire l'activité, les affaires (au sens large) et les intérêts, plutôt en dehors de l'espace familial. En 1530, le négoce est d'ailleurs une « discussion en vue de l'élaboration d'un texte » de loi (Première décade de Tite-Live). La dimension commerciale emporte cependant progressivement l'usage principal et cela donne *negotiatio*, le commerce³³.

³¹ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op.cit.

³² H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, 2011, PUAM ; in Répertoire de droit civil

³³ A. STIMEC, la négociation, 2^e édition, P. 9 à 22, Source : <https://shs.cairn.info/la-negociation--9782100558360-page-9?lang=fr&tab=premieres-lignes> Consulté le 28/10/2024

A cet effet, la négociation contractuelle est l'un des principaux moyens pour les parties d'exprimer leurs volontés respectives et de construire un contrat à leur image. Elle repose sur le principe fondamental de l'autonomie de la volonté, qui garantit aux parties la liberté de choisir non seulement de s'engager, mais également les modalités de cet engagement. Ce processus permet ainsi d'adapter les termes du contrat aux besoins spécifiques de chacun, renforçant ainsi la prévisibilité et la pertinence de l'accord conclu.

Sur le plan juridique, cette liberté s'exprime dans la possibilité pour les parties de négocier le contenu des clauses, tant en termes de droits que d'obligations. Par exemple, dans un contrat de vente, l'acheteur et le vendeur peuvent discuter librement des modalités de livraison, du délai de paiement ou encore des garanties applicables. La liberté contractuelle s'étend ici à la définition des conditions particulières du contrat, dans les limites imposées par l'ordre public et les bonnes mœurs³⁴.

Une illustration typique de l'expression des volontés des parties lors des négociations se retrouve dans la clause de limitation de responsabilité. Prenons l'exemple d'un contrat de prestation de services conclu entre une entreprise de développement informatique et un client. Lors des pourparlers, les parties peuvent convenir que la responsabilité du prestataire sera limitée à un montant maximal en cas de défaillance technique, sauf en cas de faute lourde ou intentionnelle. Cette clause, librement négociée, permet au prestataire de prévoir les risques financiers qu'il accepte d'assumer, tout en offrant au client une certaine sécurité en cas de manquement.

Cette démarche juridique montre comment la négociation offre un cadre d'expression libre et précis aux volontés des parties, leur permettant de prévoir les aspects essentiels du contrat tout en les adaptant à leurs objectifs respectifs. Elle consiste à explorer les possibilités d'aboutir à un accord potentiel à travers une activité qui engage plusieurs acteurs en interaction, confrontées à différents obstacles, et qui décident, ou jugent opportun, de rechercher volontairement une solution acceptable pour tous.³⁵

³⁴ Cf. Article 42 du COCC

³⁵ « Une activité qui met en interactions plusieurs acteurs qui, confrontés à la fois à des divergences et des interdépendances, choisissent (ou trouvent opportun) de rechercher volontairement une solution mutuellement acceptable. » C. DUPONT, *La négociation : conduite, théorie, applications*, Dalloz, 01/01/1994, p.112, cité par C. KERBRAT-ORECCHIONI, *Négocier la notion de négociation*, P. 87 à 99 Source : <https://shs.cairn.info/revue-negotiations-2012-1-page-87?lang=fr> Consulté le 28/10/2024

Toutefois, cette liberté est encadrée par des règles impératives telles que les dispositions sur les clauses abusives³⁶, afin de protéger les parties les plus vulnérables dans la relation contractuelle. D'ailleurs sur ce point, la négociation a ajouté certains principes essentiels à savoir la liberté de négociation et la bonne foi dans les négociations³⁷. En effet, elle est guidée par des principes de transparence et de bonne foi. Cette dernière³⁸ impose aux parties de se comporter loyalement et de ne pas mener des discussions dans l'intention de tromper ou d'exploiter la partie adverse. Ces exigences garantissent que les négociations ne seront ni manipulatrices ni abusives, favorisant ainsi un cadre de confiance mutuelle. Donc concrètement, la négociation est une phase où les parties ou les partenaires sont invités à parler d'un possible accord³⁹.

2- La recherche d'un équilibre entre les intérêts des parties

En pratique, dans toutes les négociations importantes, la formation du contrat n'est pas instantanée mais constitue au contraire un processus où l'accord des parties se fait progressivement. Le droit allemand a un mot pour désigner cette formation progressive du contrat : il s'agit de la *punctatio*⁴⁰ qu'on a parfois cherché à transposer en droit français. Les parties avancent par étapes, se mettent d'accord point par point, discutent clause par clause, et leur accord global est finalisé lors d'un *closing*⁴¹ qui est en principe (dans l'esprit des parties) une pure formalité, (l'essentiel s'est fait avant), mais auquel le droit des contrats, qui se

³⁶ Nous pouvons donner l'exemple de la loi 2021-25 sur les prix et la protection du consommateur

³⁷ Voir Code civil Art. 1112 (Ord. no 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1er oct. 2016) L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.

³⁸ L'article 1112 du code civil énonce un principe de liberté des négociations au stade de l'initiative, du déroulement et de la rupture de celles-ci, tout en précisant que le principe de bonne foi doit également impérativement les régir.

³⁹ Ainsi, selon GHESTIN (traité de droit civil, les obligations. Le contrat, n°227), « entre l'initiative que constitue l'entrée en pourparlers ou l'offre, et la conclusion d'un contrat, se situe souvent une période précontractuelle qui peut être parfois de longue durée. Il s'agit de la période des pourparlers dont la consultation peut servir à l'interprétation du contrat » A. MOUILLAC DELAGE in *La Période précontractuelle*, 09/04/2017 Source : <https://www.legavox.fr/blog/mouillac-delage/periode-precontractuelle-23072.htm> Consulté le 28/10/2024

⁴⁰ La *punctatio* est un terme de droit allemand des contrats. Le terme *punctatio*, issu du mot latin *punctatio*, en allemand désigne une pratique (*Punktation*) juridique qui consiste à élaborer, point par point, un contrat, par le moyen d'accords partiels. La conclusion du contrat est donc étalée dans le temps. Source : <https://fr.wikipedia.org/wiki/Punctatio#:~:text=La%20punctatio%20est%20un%20terme,donec%20C3%A9tal%C3%A9e%20dans%20le%20temps>. Consulté le 29/10/2024

⁴¹ Dans les contrats d'achat de parts ou d'actions (Share Purchase Agreement ou SPA), la signature (*signing*) représente un accord sur les conditions de l'opération, tandis que la clôture (*closing*) signifie l'exécution de l'opération conformément aux conditions qui ont été convenues. Source : <https://www.village-justice.com/articles/signature-signing-cloture-closing-des-contrats-achat-vente-entreprises-spa.41630.html#:~:text=Dans%20les%20contrats%20d'achat,conditions%20qui%20ont%20%C3%A9t%C3%A9%20convenues>. Consulté le 29/10/2024

concentre sur la rencontre d'une « offre » et d'une « acceptation », accordera la valeur suprême de la formation du contrat⁴².

Dès lors, la négociation contractuelle ne se limite pas à l'expression des volontés individuelles des parties ; elle vise également à établir un équilibre entre leurs intérêts respectifs. Cet équilibre est crucial pour garantir la pérennité du contrat, en évitant qu'une des parties ne se retrouve dans une position manifestement désavantageuse. Ainsi, la négociation devient un processus de conciliation, où les concessions mutuelles permettent d'aboutir à un accord équitable et durable. Il s'agit d'un processus d'ajustement minutieux et complexe⁴³ où chaque point est débattu et affiné, permettant aux parties de clarifier leurs attentes, d'harmoniser leurs intérêts et d'établir une vision commune de l'accord à venir.

En effet, la recherche de cet équilibre est particulièrement visible dans les négociations portant sur des clauses susceptibles de créer des déséquilibres significatifs. Ainsi en partageant leurs priorités et objectifs respectifs, les parties peuvent mieux comprendre les intérêts de l'autre⁴⁴, ce qui favorise la recherche d'une base commune pour un éventuel accord. En outre, pour mener à bien les discussions, la négociation s'attache à instaurer un climat de confiance et de coopération. Ce climat est essentiel pour permettre aux parties de s'exprimer librement et de se montrer transparentes sur leurs attentes. Le principe de bonne foi⁴⁵ joue ici un rôle central, car il impose aux parties de négocier avec sérieux et loyauté⁴⁶, tout en respectant les informations et engagements préliminaires partagés.

Sur ce point, un exemple classique de la recherche d'équilibre lors des négociations concerne les clauses pénales. Prenons le cas d'un contrat de construction entre un maître d'ouvrage (le client) et un entrepreneur. Lors des pourparlers, les parties peuvent convenir d'une clause

⁴² M. FABRE-MAGNAN, Droit des obligations Tome 1 Contrat et engagement unilatéral, 4^e édition mise à jour, Thémis droit PUF, 2016, p. 261

⁴³ Dans les affaires, une discussion professionnelle qui comporte des enjeux importants ne peut pas se passer d'outils de négociation. D'ailleurs, les techniques de négociation dans ce domaine peuvent être complexes. Source : <https://walter-learning.com/blog/soft-skills/negociation/qu-est-ce-que-la-negociation> Consulté le 28/10/2024

⁴⁴ La négociation pensée comme une optimisation peut être rangée sous la notion de deal qui exprime, peut-être mieux encore que le terme de négociation, l'idée de deux parties qui se sont enrichies mutuellement. Source : <https://walter-learning.com/blog/soft-skills/negociation/qu-est-ce-que-la-negociation> Consulté le 28/10/2024

⁴⁵ Article 1104 code civil (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. »

⁴⁶ La Cour d'appel de Pau avait ainsi jugé que : « On doit admettre, effectivement, que dans la phase des pourparlers... certaines obligations de rectitude et de loyauté s'imposent aux parties relativement à la conduite des pourparlers eux-mêmes » (CA Pau, 14 janv. 1969, D. 1969, jur., p. 716) cité dans J. SCHMIDT-SZALEWSKI *La période précontractuelle en droit français* in Revue internationale de droit comparé, 1990, pp. 545-566

pénale prévoyant une indemnité en cas de retard dans l'exécution des travaux. Si le montant de cette pénalité est fixé de manière excessive, il pourrait désavantager l'entrepreneur en cas de circonstances imprévues. Inversement, une indemnité trop faible risquerait de ne pas inciter l'entrepreneur à respecter les délais.

Ainsi, la négociation joue un rôle déterminant dans la recherche d'un équilibre contractuel. En permettant aux parties de concilier leurs intérêts et d'anticiper les éventuels déséquilibres, elle contribue à la stabilité et à l'efficacité des engagements contractuels. Cette démarche illustre le double rôle de la négociation : préserver la liberté des parties tout en veillant à leur coopération harmonieuse.

B- La négociation comme outil d'anticipation des risques

Le déroulement de la négociation demeure la phase où les parties sont en pourparlers. Au-delà de la liberté qu'elle confère aux parties, la négociation remplit une fonction stratégique dans la gestion des incertitudes. Elle constitue un moment clé pour identifier les risques inhérents à la relation contractuelle et y apporter des solutions concrètes. En intégrant des mécanismes prévisionnels au contrat, la négociation permet de sécuriser les engagements tout en réduisant les conflits potentiels. En effet, il existe des principes qui gouvernent la négociation (1), suivant un encadrement spécifique à cette dernière (2)

1- Les principes gouvernants la négociation

Le code civil reconnaît expressément deux principes à savoir⁴⁷ : le principe de liberté des négociations et le principe de bonne foi dans les négociations⁴⁸. L'article 1112 dispose à cet effet : « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. » Ceci étant dit, nous constatons que l'article 1112 du Code civil met en avant la liberté des parties dans la phase précontractuelle, ce qui signifie que chaque partie est maîtresse de la décision d'entamer ou non des négociations, de choisir la manière dont elle souhaite les conduire, ainsi que de les interrompre à tout moment. Cette liberté repose sur le principe fondamental de liberté contractuelle en droit français, selon lequel nul n'est contraint de contracter ni de poursuivre des discussions visant à la formation d'un contrat s'il ne le souhaite pas. En pratique, cela implique plusieurs aspects importants.

⁴⁷ N'empêche que le droit sénégalais le montre mais implicitement : article 41, 42, 103 du COCC

⁴⁸ Le code civil prévoit désormais expressément quelques règles gouvernant cette période même si celle-ci est, par principe, placée sous le signe de la liberté. Comme l'énonce l'article 1112, « l'initiative, le déroulement, et la rupture des négociations précontractuelles sont libres ». M. FABRE-MAGNAN, Droit des obligations Tome 1 Contrat et engagement unilatéral. Op.cit. p.261

D'abord, chaque partie est libre de décider si elle souhaite engager des négociations. Cette liberté d'initiative permet à chacun d'évaluer, en fonction de ses besoins et de ses objectifs, s'il est opportun de commencer des discussions. Par exemple, une entreprise qui reçoit une proposition commerciale ou qui identifie une opportunité de partenariat n'est pas tenue d'entamer immédiatement des pourparlers avec une partie intéressée. Cette liberté de débiter les négociations permet également aux parties de prendre le temps nécessaire pour évaluer la pertinence de leurs démarches, analyser les offres reçues et réfléchir aux conditions qu'elles souhaitent poser avant même de s'engager dans des discussions.

Ensuite, l'article 1112 garantit également aux parties la liberté de mener les négociations de la manière qui leur convient, sans obligation de suivre un schéma précis ou une forme particulière⁴⁹. Elles peuvent décider du contenu des discussions, de leur intensité, du rythme des échanges, ou des personnes à impliquer dans le processus. Par exemple, une partie pourrait décider d'aborder certains points sensibles en priorité, tandis qu'une autre pourrait préférer aborder les aspects plus généraux avant de traiter les détails. La liberté de déroulement permet donc aux parties d'adapter le cadre des discussions à leurs intérêts et à leurs impératifs respectifs. Cependant, cette liberté doit être exercée dans le respect de l'obligation de bonne foi, ce qui signifie que les parties ne peuvent mener les discussions de façon déloyale, comme en dissimulant des informations importantes⁵⁰ ou en faisant des promesses qu'elles n'ont pas l'intention de respecter.

Enfin, l'article 1112 prévoit que les parties sont libres de mettre fin aux négociations quand elles le souhaitent, même sans motif particulier, tant qu'elles agissent de bonne foi. Cela signifie que chaque partie conserve le droit de rompre les discussions si elle estime que l'accord envisagé ne correspond plus à ses attentes, que les conditions ne sont plus favorables, ou que les négociations ne progressent pas dans un sens qui lui convient. Cette liberté protège les parties contre tout engagement forcé ou prolongé, leur permettant de se retirer des discussions avant la formation d'un contrat définitif. Par exemple, une entreprise qui, au cours des discussions, réalise que le projet n'est pas viable économiquement peut librement choisir d'interrompre les négociations pour éviter des engagements financiers futurs. Cependant,

⁴⁹ Il existe deux types de négociations : elles sont dites formelle lorsqu'elles se passent dans un cadre balisé c'est-à-dire impliquant des clauses et des accords ; et elles sont dites informelles lorsqu'elles se passent sans contrainte, autrement dit pas de cadre prédéfini ou accord préalable de négociation. Ce n'est qu'une simple question d'application de la théorie de l'autonomie de la volonté. C'est la situation ordinaire

⁵⁰ Cciv. Art. 1112-1 (Ord. no 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1er oct. 2016) Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

cette liberté de rompre les négociations ne doit pas être exercée de manière abusive⁵¹. Si une partie choisit de mettre fin aux discussions de façon brusque, sans raison valable et après avoir laissé l'autre partie croire que l'accord était sur le point d'être conclu, elle pourrait être tenue responsable du préjudice subi par l'autre partie. La liberté de rupture, bien que fondamentale, est ainsi encadrée pour éviter des comportements qui seraient contraires à la confiance légitime que chaque partie peut avoir dans la bonne foi de son interlocuteur.

2- L'encadrement de la négociation

En pratique, la négociation formelle est la plus usitée notamment dans certains grands contrats que l'on dénomme les contrats d'affaires. En effet dans ces types de contrat, la négociation se passe sous une forme balisé impliquant pour les parties de créer des accords de négociation accompagnés de clauses de négociation. Par ailleurs, l'obligation de négocier peut s'accompagner d'une clause d'exclusivité, exigeant que les partenaires, ou au moins l'un d'eux, s'abstiennent de mener des discussions similaires avec d'autres acteurs. Sur cet aspect nous pouvons rappeler l'arrêt n° 00-10.243, n° 00-10.949 de Cour de cassation - Chambre commerciale en date du 26 novembre 2003 qui ayant retenu que le simple fait de mener des négociations parallèles n'était pas fautif, sauf intention de nuire ou manœuvres frauduleuses⁵², la clause peut être bienvenue pour doser les renseignements que le débiteur aura à fournir sur l'état de la négociation parallèle : identité du tiers, avancée des discussions. Dès lors, les comportements des contractants tout au long du processus contractuel peuvent

⁵¹ La liberté de négociation en matière contractuelle est un principe fondamental rappelé par l'article 1112 du Code civil. En vertu de cet article les négociations sont libres tant dans l'initiative, le déroulement que la rupture. Pourtant, cette liberté ne doit pas compromettre la sécurité juridique des accords conclus entre les parties. K. Tangara Op.cit.

⁵² Ainsi lit-on : 1° Les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat. Une cour d'appel a, dès lors, décidé à bon droit qu'en l'absence d'accord ferme et définitif, le préjudice subi par une société ayant engagé avec les actionnaires d'une autre société des négociations en vue de la cession des actions composant le capital de cette dernière n'incluait que les frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles elle avait fait procéder et non les gains qu'elle pouvait, en cas de conclusion du contrat, espérer tirer de l'exploitation du fonds de commerce ni même la perte d'une chance d'obtenir ces gains.

2° Le simple fait de contracter, même en connaissance de cause, avec une personne ayant engagé des pourparlers avec un tiers ne constitue pas, en lui-même et sauf s'il est dicté par l'intention de nuire ou s'accompagne de manœuvres frauduleuses, une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur. Dès lors, ayant relevé que la clause de garantie insérée dans la promesse de cession des actions d'une société au profit d'une autre société, par laquelle cette dernière garantissait par avance le cédant de toute indemnité qui serait due en cas de rupture des pourparlers antérieurement engagés par un tiers, ne suffisait pas à établir que cette société avait usé de procédés déloyaux pour obtenir ladite cession en lieu et place de la société avec laquelle le cédant était en cours de pourparlers, ni même qu'elle avait une connaissance exacte de l'état d'avancement de ces pourparlers et du manque de loyauté du cédant à l'égard de cette société, une cour d'appel a exactement décidé que la société bénéficiaire de la promesse n'avait pas engagé sa responsabilité à l'égard de cette dernière, peu important qu'elle avait en définitive profité du comportement fautif du cédant.

Source : https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2003-1126_0010243&FromId=DZ_OASIS_001513# Consulté le 29/10/2024

raisonnablement être interprétés comme le reflet fidèle de leur volonté interne, suscitant ainsi une croyance légitime. Ainsi, « le comportement de celui qui rompt les négociations contractuelles est considéré par la jurisprudence comme fautif lorsqu'il a consisté à tromper la confiance légitime de l'autre en lui faisant faussement espérer qu'il souhaitait aboutir à la conclusion du contrat⁵³ » Dès lors, les pourparlers correspondent à la période pendant laquelle les futurs contractants discutent et formulent des propositions de collaboration, leur permettant une véritable réflexion. Elles peuvent rompre à tout moment leurs échanges, en toute liberté. Ainsi, il a été jugé que « le fait pour une association de prendre contact avec un metteur en scène parce qu'elle envisage de monter une pièce de théâtre, en mentionnant dès le début qu'elle ne pourra prendre de décision qu'après présentation et acceptation des prévisions budgétaires, ne dépasse pas le stade de simple pourparlers dont la rupture, en raison d'un devis trop élevé, n'entraîne aucune conséquence⁵⁴ ».

Ainsi pour sécuriser davantage le processus de négociation, les parties rédigent souvent un document écrit qui sert de cadre formel aux discussions préparatoires. Cet écrit, que l'on qualifie d'accord préparatoire, peut prendre plusieurs formes : promesse unilatérale de vente, pacte de préférence, lettre d'intention, protocole d'accord, ou accord de principe. Chacun de ces documents a pour but de structurer les négociations en fixant certaines règles et engagements clairs, réduisant ainsi les incertitudes et minimisant les risques de conflits. C'est à cet effet que naissent différentes obligations lors de la négociation. Il s'agit ici d'abord pour reprendre Muriel Fabre-Magnan d'*obligations ponctuelles* résultant d'un accord avec les parties qui conviennent entre elles de certaines règles à respecter durant la négociation. Par exemple, les parties peuvent convenir d'une clause de confidentialité et même d'une clause de non concurrence au cas où durant la négociation une des parties révèle des informations sur son entreprise⁵⁵. En plus de ces obligations, nous avons le devoir général de bonne foi⁵⁶ dont nous avons fait le développement plutôt. Ce devoir général de bonne foi implique un autre devoir d'information⁵⁷.

⁵³A. DANIS-FATOME, Apparence et contrat, préf. G. VINEY, LGDJ, 2004, n°6. Citée par L. MARIGNOL, La prévisibilité en droit des contrats, op.cit. p.12

⁵⁴ Cass. soc. 17 mars 1979, M. Gabily c/ Association Animaux du Vieux Tours, Bull. Civ. V n° 424, p. 307.
Source : <http://www.juripole.fr/Colloques/embauche/Hauser.html> Consulté le 29/10/2024

⁵⁵ M. FABRE-MAGNAN, Droit des obligations Tome 1 Contrat et engagement unilatéral. Op.cit. p.262

⁵⁶ Sur ce point, M. FABRE-MAGNAN, ibid.

⁵⁷ Sur ce point Cciv (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) Article 1112-1 : Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Une fois que les négociations se déroulent sans encombre, les parties déterminent le contenu de leur contrat. Il est aussi important de rappeler que même si les négociations échouent, cela n'empêche pas les parties de passer directement à la formation de leur contrat. La négociation étant facultative dans la plupart des cas même si elle est impérative dans les contrats d'affaires, les parties peuvent ne pas s'en prévaloir et attaquer directement la formation du contrat. Pour ce faire ils devront se mettre d'accord sur le contenu de leur contrat, socle de leurs prévisions et de leurs engagements.

Paragraphe 2 : La détermination du contenu contractuel

La détermination du contenu d'un contrat est une étape cruciale dans le processus de formation contractuelle. Les contractants doivent donc s'attacher à « imaginer le contenu du futur pour rendre l'accord compatible avec l'évolution des variables dont l'opération contractuelle dépend⁵⁸ » c'est-à-dire que la prise en compte de ces variables est nécessaire à la viabilité du projet contractuel, fondé sur l'analyse des éventualités pouvant se réaliser et leur prise en compte dans le calcul des risques. Pour ce faire les parties devront être précises en ce qui concerne les éléments essentiels qui vont servir de cadre de prévisibilité (A) et tout en organisant les modalités qui vont servir de structure à leurs prévisions (B).

A- La précision des éléments essentiels du contrat comme cadre de prévisibilité

La notion de contenu renvoie ainsi à l'aspect matériel du contrat, à l'opération économique sur laquelle les parties se sont entendues, en incluant les obligations, les prestations, voire les clauses du contrat. A cet effet, les parties sont libres de déterminer le contenu de leur contrat afin d'assurer la prévisibilité contractuelle même si cette liberté est encadrée⁵⁹. Ce qui implique, que le contenu contractuel doit donc être précis et clair car sans cette clarté nous ne pourrions parler de prévisibilité⁶⁰ (1) rendant immuable le contenu contractuel (2).

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

⁵⁸ J-M MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », RTDCiv.1988.48; citée par L. MARIGNOL, la prévisibilité contractuelle. Op.cit. p.13

⁵⁹ L'article 42 du COCC dispose en ces termes : « Libres de contracter ou de ne pas contracter, d'adopter toute espèce de clauses de modalités, les parties ne peuvent cependant porter atteinte par conventions particulières à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. » A la lecture de cet article, nous pouvons comprendre que le principe de la liberté contractuelle permet aux parties de déterminer librement le contenu contractuel. Bien-sûr, comme le rappelle la disposition in fine, cette liberté contractuelle est encadrée par le législateur afin de prévenir les abus : il s'agit de l'ordre public et des bonnes mœurs.

⁶⁰ Le contrat est saisi dans le COCC comme une norme fonctionnelle orientée vers la réalisation d'un objectif concret. A ce titre, il reste intangible malgré les problèmes d'exécution dès leur prise d'effet conformément à ce que les parties ont prévu. Toutefois, ce qu'on pourrait reprocher au contrat est le défaut de clarté. P.K.A.F

1- Les principes de clarté et de précision du contenu contractuel

Le droit des contrats⁶¹ confère aux parties une grande autonomie dans la détermination des termes de leurs engagements. L'article 1163 du Code civil impose que les prestations soient "déterminées ou déterminables", ce qui signifie que les parties peuvent fixer des clauses adaptables aux spécificités de leur relation contractuelle, mais qui doivent être suffisamment précises pour éviter toute ambiguïté future. Toutefois, cette liberté trouve des limites : notamment, l'article 1171 qui limite les clauses abusives pour garantir un équilibre, surtout dans les contrats d'adhésion où une partie impose des conditions sans possibilité de négociation. Cette obligation de protéger l'équilibre contractuel participe à la prévisibilité, en assurant que les obligations resteront proportionnées et justes pour chaque partie.

En outre, cette clarté imposée aux parties est destinée à protéger le contrat contre l'immixtion du juge. En effet, la précision des termes contractuels est un facteur essentiel pour prévenir les conflits et permettre une exécution sereine du contrat. La réforme de 2016 a clarifié l'obligation d'établir un contenu contractuel "licite et certain"⁶² : le contenu doit être clair et complet, notamment sur les éléments fondamentaux comme les délais, les prix, ou les modalités d'exécution, afin d'éviter les interprétations contradictoires ou les ajustements imprévus. Cette clarté contribue à la prévisibilité et offre un cadre de référence stable pour les parties, limitant ainsi le risque de recours judiciaire⁶³. En effet, en cas de clauses imprécises ou ambiguës, le juge pourrait être contraint de réinterpréter les intentions des parties, ce qui pourrait potentiellement modifier le sens de leur accord initial. Ainsi, les parties s'engagent souvent à inclure des clauses claires et précises pour que le contrat exprime leur accord de manière incontestable et résistante à toute interprétation extérieure, préservant ainsi leur autonomie contractuelle⁶⁴. Car, cette volonté de limiter l'immixtion du juge est renforcée par la doctrine de l'autonomie de la volonté, où chaque partie a le droit de déterminer librement ses obligations et leur contenu. Ainsi, les tribunaux ne devraient intervenir que pour vérifier la

NDONG, in *la prévisibilité contractuelle en droit sénégalais des obligations civiles et commerciales*, Annales africaines, Janvier 2021 N° Spécial, p.62

⁶¹ Cf. COCC : article 74 : La prestation promise doit être possible et porter sur des choses qui sont dans le commerce. Elle doit être déterminée ou déterminable quant à son espèce et à sa quotité. Elle peut porter sur des choses futures.

⁶² Cf. Cciv en son article 1162 : Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.

⁶³ Cf. COCC : article 100 : Si les termes du contrat sont clairs et précis, le juge ne peut sans dénaturer leur donner un autre sens. Voir sur ce point : Civ. 15 avr. 1872, DP 1872. 1. 176. On ne peut interpréter les clauses claires et précises d'un contrat à peine de dénaturer.

⁶⁴ H. MAIRESSE in *Garanties et responsabilités contractuelles : protéger ses droits et gérer les risques* ; publié le 12 novembre 2023 Source : <https://www.helene-mairesse-avocat.fr/garanties-et-responsabilites-contractuelles-protoger-ses-droits-et-gerer-les-risques/> Consulté le 29/10/2024

licité des clauses et non pour en modifier le contenu, sauf en cas de déséquilibre manifeste ou d'ambiguïté grave⁶⁵.

Dans la conception classique, les éléments essentiels du contrat tels que le prix, l'objet de l'engagement, et les modalités d'exécution sont déterminés de manière fixe dès la conclusion de l'accord⁶⁶. En définissant précisément ces éléments, le contenu contractuel devient un cadre stable permettant aux parties de se projeter dans la relation contractuelle sans crainte de variations imprévues. Les parties savent dès le départ quelles prestations sont attendues, ce qui élimine les incertitudes et garantit que les engagements ne seront pas altérés au fil du temps. Cette stabilité renforce la prévisibilité, car chacun sait exactement ce qu'il doit faire pour respecter le contrat. Ainsi, la prévisibilité doit être immanente au contrat. Il faut alors que « tous les éléments de l'échange et tous les éléments qui pourraient l'affecter d'une manière ou d'une autre, soient prévus. . L'idéal est donc que le contrat n'ait plus qu'à s'exécuter, comme si les parties n'avaient plus rien à faire que suivre le plan de réalisation des obligations déterminées.⁶⁷ ». Ainsi les parties devront s'aligner sur l'ensemble des éléments qui vont innover le contenu contractuel⁶⁸ rendant statique son contenu. Cela rejoint la théorie classique prônant que le contrat est un acte de prévision. Ce qui justifie que le temps s'arrête au moment de l'échange des consentements. Ainsi, le modèle de base du contrat est un modèle fixe voire limité⁶⁹.

2- L'immutabilité du contenu contractuel comme fondement de la prévision

L'intangibilité du contenu contractuel dans la conception classique repose sur l'idée que, une fois signé, le contrat devient un engagement fixe qui ne peut être modifié unilatéralement. Cela rappelle la force obligatoire du contrat en son article 96 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal : « Le contrat légalement formé crée entre les parties un lien

⁶⁵ H. CONTE in *Nouvelle affirmation de la limitation de la réparation au dommage prévisible* ; le 17 Avril 2017
Source : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/nouvelle-affirmation-de-limitation-de-reparation-au-dommage-previsible> <https://www.dalloz-actualite.fr/document/com-11-mars-2020-f-pb-n-18-22472> Consulté le 29/10/2024

⁶⁶ L'exemple parfaite est la vente : article 264 du COCC : « La vente est le contrat par lequel le vendeur s'engage à transférer la propriété d'une chose corporelle ou incorporelle à l'acquéreur, moyennant un prix fixé en argent » sur ce point l'ensemble des éléments sont prévus à l'avance de sorte que le contrat ne souffre d'aucune inexécution.

⁶⁷ H. BOUTHINON-DUMAS, Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision, p346/
Source : https://shs.cairn.info/article/RIDE_153_0339/pdf?lang=fr in P.K.A.F NDONG, *la prévisibilité contractuelle en droit sénégalais des obligations civiles et commerciales*, Op.cit. p.61

⁶⁸ Sur ce point, M. le professeur DELEBECQUE souligne ainsi que « définir le contenu fondamental du contrat, c'est rechercher parmi les différents éléments du contrat les éléments centraux, spécifiques, qui traduisent l'opération juridique et économique que les parties veulent réaliser » (P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, PUAM, 1981, n°164). Cité par L. MARGINOL, *la prévisibilité contractuelle*. Op.cit. p.91

⁶⁹ A. VIAUD, *Contrat et imprévision : approche comparée*, Université de Montréal Université Lumière Lyon 2 Thèse de doctorat effectuée en cotutelle, 2016, p.24

irrévocable » Ce caractère immuable reflète la volonté des parties d'établir une relation durable et conforme aux prévisions formulées lors de la négociation si elle a eu lieu. En droit français comme sénégalais d'ailleurs⁷⁰, l'immutabilité du contenu contractuel est un principe fondamental, ancré dans l'idée que les obligations contractuelles une fois définies doivent être respectées sans modification unilatérale. Ce principe trouve son fondement dans l'article 1193 du Code civil, qui dispose que les contrats ne peuvent être révoqués que par consentement mutuel ou pour des causes admises par la loi. Ce caractère immuable garantit ainsi la stabilité et la prévisibilité des engagements contractuels, en préservant l'accord initial contre des révisions excessives ou injustifiées.

De plus, l'immutabilité vise à respecter l'équilibre des engagements fixés au moment de la conclusion du contrat, ce qui signifie que chaque partie est tenue de s'y conformer sans altérations liées aux fluctuations des circonstances extérieures. Par exemple, dans les relations commerciales, une variation des coûts ou des conditions économiques ne permet pas automatiquement à une partie de réviser le contrat⁷¹. En effet, cet exemple rappelle l'arrêt Canal de Craponne de 1876. Ce dernier est souvent cité en matière d'immutabilité contractuelle, illustrant le principe selon lequel les parties ne peuvent pas unilatéralement modifier un contrat même en cas de changement économique important. Cet arrêt réaffirme l'obligation des parties à respecter les termes initiaux du contrat, en dépit de circonstances économiques évolutives⁷² qui ne font pas partie des imprévus justifiant une révision judiciaire du contrat. Par conséquent, ce respect de l'équilibre contractuel est essentiel pour une prévision fiable des obligations et une stabilité des relations commerciales. La stabilité ainsi assurée renforce la confiance des parties, puisque celles-ci savent que leurs obligations resteront inchangées sauf accord spécifique.

⁷⁰ Sur ce point, l'article 97 du COCC nous édifie sur la protection de ce que les parties ont prévu dans leur contrat en limitant strictement les possibilités de révision ou de résiliation : « Le contrat ne peut être révisé ou résilié que du consentement mutuel des parties ou pour les causes prévues par la loi »

⁷¹ Sur ce point, voir Arrêt Huard, Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18547

⁷² L'arrêt Canal de Craponne, qui demeure l'un des plus grands arrêts de la Cour de cassation française en droit civil qui consacre le rejet de la théorie de l'imprévision, c'est-à-dire la révision judiciaire pour imprévision en droit contractuel. Il est devenu un arrêt emblématique de la force obligatoire du contrat.

L'arrêt a été rendu le 6 mars 1876 par la Chambre civile de la Cour de cassation au visa de l'article 1134 ancien du Code civil français. La Cour de cassation rejette l'idée de révision du contrat par le juge, même en cas de changement profond des circonstances affectant l'équité du contrat. Puisque « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (article 1134 ancien du Code civil), il n'y a pas lieu d'autoriser le juge à se placer au-dessus de la loi voulue par les parties. Tant que les conditions essentielles du contrat sont réunies, il n'y a pas lieu de réviser le contrat.

Source : [https://fr.wikipedia.org/wiki/Canal_de_Craponne_\(arr%C3%AAt\)](https://fr.wikipedia.org/wiki/Canal_de_Craponne_(arr%C3%AAt)) Consulté le 29/10/2024

En rendant le contrat inchangeable, on permet à chaque partie d'anticiper les conséquences de l'exécution dans le long terme sans redouter de révisions imprévues. Ainsi, l'immutabilité des contrats joue un rôle crucial dans la prévisibilité des relations entre les parties, leur permettant d'anticiper les conséquences de l'exécution à long terme sans craindre de révisions imprévues. Cette stabilité contractuelle contribue à la sécurité juridique, offrant aux parties la confiance nécessaire pour planifier et investir sereinement, tout en réduisant le risque de conflits grâce à des obligations clairement définies. En renforçant la confiance entre les parties, l'immutabilité favorise un environnement relationnel stable, essentiel tant dans le domaine commercial que personnel.

B- Les modalités structurant la prévisibilité contractuelle

La lecture de l'article 42 du COCC met en lumière que les parties sont libres de déterminer les modalités du contrat. A cet effet, les parties vont prévoir l'ensemble des conditions spécifiques qui encadrent la mise en œuvre des obligations contractuelles. Elle regroupe les détails pratiques d'exécution, comme les délais, les lieux, les quantités, les formes de paiement, et toute autre spécification technique qui permet de clarifier comment, quand, et où les engagements doivent être tenus. Ainsi les parties préciseront non seulement les obligations et prestations objets de leur contrat (1) mais également les mécanismes qui vont garantir leurs prévisions (2).

1- La définition des obligations et sanctions garantissant la prévision contractuelle

« Consentir, c'est s'obliger à exécuter une prestation » et à ce titre on estime que le droit commun des contrats a organisé des rapports de respect réciproques assis sur des obligations équivalentes. Support de l'opération juridique, le contrat est un accord de volontés, en vue de produire des effets de droit⁷³, la finalité étant la réalisation d'une opération économique⁷⁴. On notera que le contrat vu comme une norme fonctionnelle, est orienté vers la réalisation d'un objectif concret, une opération juridique. Il fixe alors l'objectif à atteindre. On parle d'objet du contrat, c'est-à-dire l'opération contractuelle envisagée dans son économie générale, l'ensemble des droits et des obligations que le contrat fait naître⁷⁵. Ainsi les parties aux contrats définissent les droits, obligations et éventuellement les sanctions auxquels ils devront s'y tenir afin de garantir les prévisions contractuelles.

⁷³ J. GHESTIN, Traité de droit civil, la formation du contrat, Paris, LGDJ, 2006, N°4, p.3 cité par P.K.A.F , la prévisibilité contractuelle en droit sénégalais des obligations civiles et commerciales, Op.cit. p.62

⁷⁴ A. LAGADEC, De l'interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat. Droit université de Toulon, 2017, p.9 ; cité par P.K.A.F NDONG, ibid.

⁷⁵ P.K.A.F NDONG, Ibid.

A cet effet, le COCC contient des règles qui assurent le caractère « discret »⁷⁶ du contrat, c'est-à-dire parfaitement ponctuel et délimité⁷⁷ conformément aux besoins des parties. Alors, la conception classique du contrat acte de prévision, met l'accent sur l'intangibilité et la précision du contenu comme gages de prévisibilité. L'immutabilité des éléments essentiels et des modalités d'exécution fixe les engagements dès la conclusion du contrat, assurant une continuité et une stabilité dans la relation contractuelle. Cette rigidité assumée garantit que les parties peuvent se projeter dans leur relation sans crainte de changements inattendus, permettant ainsi au contrat de remplir pleinement sa fonction de prévision. A ce titre, ce sont les parties qui décident de la manière dont elles vont se lier. En effet, le principe de l'autonomie de la volonté postule que les contractants peuvent, par eux-mêmes, se contraindre, leur volonté ayant force de loi⁷⁸. De ce principe sont issus celui de l'intangibilité du contrat et de la liberté contractuelle. Deux conséquences principales en découlent, à savoir que les parties sont obligées parce qu'elles ont émis la volonté de l'être, mais également, qu'elles ne sont obligées que dans la mesure de l'expression de cette volonté⁷⁹. Elles doivent donc savoir ce à quoi elles sont tenues, ainsi que la contrepartie qui leur sera demandée. La volonté toute-puissante s'étant exprimée, le contenu contractuel a force obligatoire⁸⁰, le contrat étant complet aussi bien dans le présent que pour le futur⁸¹ et devant être exécuté tel qu'il a été conclu⁸², aucun pouvoir unilatéral⁸³ ou judiciaire⁸⁴ ne pouvant, sauf exception

⁷⁶ Sur ce point V. H. LECUYER : « En qualifiant le contrat d'acte de prévision (...) La loi y rend un discret hommage (...) » en faisant allusion au code civil article 1150. H. LECUYER, *Le contrat, un acte de prévision*, op.cit. p.643

⁷⁷ D'après P.K.A.F NDONG : La théorie générale du contrat qui transparait du COCC est fondée sur le principe que les parties à un contrat n'ont jamais eu de relations dans le passé et n'en n'auront pas d'autres dans le futur. la prévisibilité contractuelle en droit sénégalais des obligations civiles et commerciales, Op.cit. p.62

⁷⁸ J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14, p. 133. Sur les possibles interprétation du terme loi, voir, Jean-Pascal CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1er du code civil », RTD civ. 2001.265 ; cité par A. VIAUD, *Contrat et imprévision : approche comparée*, Op.cit. p.21

⁷⁹ L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat », (1998) 58 *Droit et patrimoine* 69, 70: « autonome, la volonté est libre de créer des droits subjectifs; mais puisqu'elle est autonome, la volonté ne doit pas pouvoir se faire imposer d'obligations ». cité par A. VIAUD, Ibid. p.21

⁸⁰ Conformément à l'adage « Pacta sunt servanda ». Voir, H. ROLAND et L. BOYER, préc., note 24, v° « pacta sunt servanda ». cité par A. VIAUD, Ibid. p.21

⁸¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadriga : PUF, 2004, v° « autonomie de la volonté »; Voir également, J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 14; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1 - contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, 2012, p. 62 et s.; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et P. SIMLER, *Droit civil: Les obligations*, Paris, Dalloz, 2013, p. 512, par. 462 et s. cité par A. VIAUD, Ibid. p.21

⁸² P.A. CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 18-1 *R. du B. can.* 1, 5, précisant qu' « il suffise donc de rappeler l'existence du principe fondamental de la liberté contractuelle dans le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs : les parties contractantes peuvent façonner leurs rapports contractuels et librement fixer, au gré de leurs besoins et de leurs intérêts légitimes, les frontières du cercle contractuel » cité par A. VIAUD, Ibid. p.21

⁸³ B. FAGES, « Et pour assurer l'intangibilité du contrat, le juge des référés peut même ordonner à une partie de reprendre les relations contractuelles qu'elle a fait cesser de manière illicite », RTD civ. 2009.3.529. cité par A. VIAUD, Ibid. p.22

⁸⁴ Refus de principe de la révision pour imprévision. par A. VIAUD, Ibid. p.22

conventionnelle ou légale⁸⁵, venir en modifier le contenu. C'est ainsi que le contrat est considéré comme un acte de prévision, les parties ayant évalué leurs intérêts contractuels pour l'avenir.

Dès lors, dans le cadre de la prévision, les parties vont déterminer le contenu de leur accord⁸⁶. Ainsi, ils vont suivre le plan de réalisation des obligations déterminées à la lettre et par ce fait produire des effets de droits c'est-à-dire qui ont des conséquences juridiques telles la création, la transmission, la modification, ou extinction d'un droit ou d'une obligation. A cet effet, le support de leur accord va tenir lieu de loi aux parties qui y ont librement consenti. D'où le célèbre adage « on est obligé parce qu'on l'a voulu⁸⁷ ». Il s'agit aussi d'un rappel de la force obligatoire du contrat consacré à l'article 96 du COCC et 1194 du code civil. La force obligatoire, entendue comme la fixité de l'engagement complet et parfait des parties justifierait donc le rejet de la théorie de l'imprévision⁸⁸, une volonté toute-puissante aux capacités illimitées ayant été émise, elle ne peut se voir, par la suite, contrariée. Ceci étant dit, après que les parties aient défini l'ensemble des obligations et éventuellement des sanctions afférentes au contenu contractuel, ils vont désormais prévoir des mécanismes qui vont également garantir la prévision contractuelle.

2- Les modalités du contrat objet de la prévision contractuelle

La prévision contractuelle repose sur la précision des modalités inscrites dans le contrat, permettant aux parties de connaître les termes exacts de leurs engagements. La clarté des modalités contractuelles, notamment les obligations principales et accessoires, est fondamentale pour créer un cadre prévisible et stable, dans lequel les parties peuvent se projeter. La loi insiste sur cette exigence de précision. C'est le cas lorsque l'article 1103 du Code civil consacre l'exécution de bonne foi⁸⁹ des contrats, renforçant l'importance de respecter scrupuleusement les modalités définies au préalable. Par ailleurs, les modalités précises dans un contrat incluent de nombreuses clauses comme le rappelle l'article 42 du

⁸⁵ On pense ici à la possibilité de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée ou les rares cas de force majeure ou encore la loi ou les usages (1434 C.c.Q. ou 1135 ancien C.c.fr. ou 1194 nouveau C.c.fr.). cité par A. VIAUD, Contrat et imprévision : approche comparée, Op.cit. p.22

⁸⁶ Sur ce point Cf. Article 42 du COCC qui met en évidence que les parties peuvent prévoir toutes espèces de clauses dans leur contrat.

⁸⁷ Le principe du consensualisme, principe essentiel du droit des contrats français tiré d'un adage latin : *Solus consensus obligat* (Le consentement oblige à lui seul). C'est notamment le fondement sur lequel une Cour de cassation va se baser pour casser un arrêt d'une cour d'appel. Sur ce point voir : Cass. Civ. 3ème, 12 novembre 2015, n° 14-17.790. Source : <https://www.legavox.fr/blog/lajurisprudence/solus-consensus-obligat-consentement-oblige-19079.htm> Consulté le 29/10/2024

⁸⁸ Jurisprudence québécoise : H. cardinal construction Inc. c. Dollard-des-Ormeaux (Ville), [1987] R.L. 672 ; citée par A. VIAUD, Ibid. p.22

⁸⁹ Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 12 juillet 2000, 98-18.857, Publié au bulletin

COCC. Cette liberté qu'accorde cette disposition, permet aux parties de personnaliser leur contrat et d'introduire des clauses qui garantissent la prévisibilité de leurs engagements en ajustant les obligations aux spécificités de leur relation. Car, si le contrat, malgré les prévisions des parties, demeure en proie à des turbulences lors de son exécution, le juge sénégalais se doit de rester neutre face à cette situation contrairement à son homologue français⁹⁰. Lorsqu'un tel événement se produit, le juge n'a pas le pouvoir de modifier lui-même les conditions du contrat⁹¹.

Afin de maintenir les prévisions initiales, les parties insèrent des clauses contractuelles. Les clauses contractuelles⁹² sont, tout comme le contrat, un moyen de s'approprier l'avenir. C'est en cela que ces clauses d'adaptation intègrent la logique de prévision, même si sa finalité ultime demeure d'adapter le contrat à un changement. Le contrat est alors un instrument de gestion du risque aux mains des parties, et cela, dès sa formation⁹³. Parmi elles, nous retrouvons notamment les clauses relatives aux obligations principales, qui définissent précisément ce que chaque partie s'engage à fournir ou à réaliser. À côté de ces obligations, les clauses de sanctions et de pénalités jouent un rôle dissuasif, en stipulant les conséquences financières ou autres en cas de manquement. Elles encouragent une exécution stricte du contrat en instaurant un mécanisme de protection contre les inexécutions partielles ou totales. Aussi, la prévision contractuelle s'étend également aux clauses d'adaptation telles que les clauses de révision ou de *hardship* qui permettent de répondre aux imprévus susceptibles d'affecter le contrat. Bien qu'elles n'entament pas le principe de force obligatoire, elles offrent des solutions d'ajustement en cas de bouleversements qui compromettraient l'équilibre initialement convenu.

D'autres modalités, comme les clauses de résiliation anticipée et les clauses de force majeure, contribuent également à la sécurité et à la prévisibilité en fixant les conditions dans lesquelles les parties peuvent mettre fin à leur relation contractuelle ou être temporairement libérées de leurs obligations en cas de circonstances exceptionnelles. Enfin, les clauses de confidentialité

⁹⁰ Sur ce point, l'article 1195 Cciv. : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

⁹¹ T. GENICON, « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », Dalloz, 2010, p.2485 Cité par P.K.A.F NDONG, la prévisibilité contractuelle en droit sénégalais des obligations civiles et commerciales, Op.cit. p.67

⁹² Pour plus de développement, voir infra

⁹³ S. VAN HAECKE-LEPIC, La distinction entre la formation et l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat dans le temps, Thèse de Droit, Université Paris sciences et lettres, 2017, p.48

et les clauses de non-concurrence permettent de sécuriser les intérêts économiques⁹⁴ et informationnels des parties, en veillant à ce que certaines informations ou engagements ne soient pas divulgués ou exploités par l'autre partie en dehors du cadre prévu par le contrat. Ainsi, ces différentes modalités contractuelles, bien que mentionnées de manière succincte, constituent un socle essentiel de la prévisibilité contractuelle. Cette prévision contribue non seulement à la sécurité juridique⁹⁵, mais aussi à la stabilité économique de la relation contractuelle, offrant aux parties une vision claire de leurs droits et de leurs obligations tout au long de l'exécution du contrat.

Section 2 : La contribution de la prévision contractuelle à la sécurisation du contrat

La prévision contractuelle contribue directement à la sécurisation du contrat en offrant aux parties un cadre stable et anticipatif qui réduit les incertitudes et garantit une exécution conforme aux attentes initiales. En intégrant des modalités spécifiques et des mécanismes d'adaptation aux imprévus, la prévision permet de renforcer la stabilité juridique (paragraphe 1) et économique (Paragraphe 2) de la relation contractuelle.

Paragraphe 1 : la sécurité contractuelle

La sécurité contractuelle s'appuie sur la prévision contractuelle pour offrir aux parties une stabilité et une prévisibilité essentielles à l'exécution de leurs engagements. Elle repose d'abord sur la stabilité contractuelle, en définissant des termes fixes qui réduisent les risques de modifications imprévues et garantissent une continuité dans la relation (A). Par ailleurs, la sécurité du contrat assure la prévisibilité des conséquences d'une inexécution, grâce à des mécanismes précis qui encadrent les sanctions et adaptations nécessaires (B). Ainsi, la prévision contractuelle devient un vecteur clé de sécurité, limitant les aléas et renforçant la confiance entre les parties.

A- La sécurité contractuelle, une condition de continuité

Le droit offre en théorie aux parties la garantie d'une stabilité de leur situation juridique en l'état qui a déterminé le consentement, en assurant la stabilité des prévisions tant à l'égard du risque extérieur à la relation⁹⁶ qu'à celui qui émane des parties elles-mêmes⁹⁷. Ainsi les

⁹⁴ Voir infra : la sécurité économique du contrat

⁹⁵ Voir infra : la sécurité juridique du contrat.

⁹⁶ Le changement du contexte économique rendant plus difficile l'exécution de son obligation par une partie en est un bon exemple. Si le droit est en soi impuissant à prévenir un tel risque qui dépend de causes extérieures, il a longtemps empêché, en amont, ce risque de produire des effets sur le contrat en refusant qu'il soit la cause d'une éventuelle atteinte à l'intangibilité des obligations convenues. L'introduction de la révision pour imprévision à l'article 1195 du Code civil, engage néanmoins à réévaluer cette analyse classique (cf. infra n°56 et s.). Cité par L. MARGNOL, la prévisibilité contractuelle. Op.cit. p.157 note n°638

engagements contractuels demeurent immuables (1) impliquant une interdiction de la révision judiciaire du contrat en l'absence d'imprévision (2).

1- L'immutabilité des engagements contractuels

Le principe de la force obligatoire des conventions a une origine ancienne. Il se retrouve quasi à l'identique sous la plume de DOMAT, qui enseignait déjà : « les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites ; elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun [...] »⁹⁸. La force obligatoire impose aux parties de respecter leurs engagements. Elle repose sur l'idée d'une continuité de la volonté dans le temps : qu'il s'agisse d'un contrat instantané ou à exécution successive, d'un contrat portant sur un échange unique ou structurant une organisation⁹⁹, le principe reste le même : une fois le contrat conclu, il lie les parties, permettant au créancier d'exiger l'exécution de l'obligation prévue¹⁰⁰. Dès lors le contrat se trouve dans une sorte de blocage temporel.

En effet, « l'image traditionnelle du contrat pourrait s'exprimer dans la surprenante conjonction d'une bulle et d'un bloc. Une *bulle* d'abord, un monde fermé, protégé, imperméable aux influences extérieures ou intérieures – celles des parties- qui traverse le temps sans être affecté par les changements ; il fait fi de l'évolution des circonstances, ce qui le met à l'abri de la révision pour imprévision, fi des lois nouvelles, protégé par la survie de la loi ancienne qui va perdurer à son seul profit, malgré son abrogation, afin de ménager les prévisions des parties, fi des changements d'avis individuels des parties, la révocation unilatérale étant en principe impossible ou encore fi de l'illicéité même de ses buts, puisque dans la conception classique, le juge se refusait même au contrôle de la cause subjective. *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.* Tel un îlot sorti 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 toute,

⁹⁷ A l'égard des parties, l'article 1103 du code civil assure l'effectivité du contenu du contrat par l'effet prophylactique de la responsabilité contractuelle Cf. Ph. LE TOURNEAU (s. la dir.), Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, Dalloz, coll. Dalloz Action, 10e éd., 2014, n°27 et s. cité par L. MARIGNOL, la prévisibilité contractuelle op.cit. p.157 note n°639

⁹⁸ J. DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel ; le droit public, et legum delectus*, Paris, 1746, Livre I, Titre I, Section II, VII. Le principe de force obligatoire apparaît comme la transcription légale du principe plus général *pacta sunt servanda*, cher aux canonistes pour lesquels il revêt une résonance morale prononcée. Cité par L. MARIGNOL, Ibid. p.156

⁹⁹ V. par ex. appelant à dépasser cette classification: S. LEQUETTE, Le contrat-coopération : Contribution à la théorie générale du contrat, préf. C. BRENNER, Economica, 2012. Cité par L. MARIGNOL, Ibid. p.156

¹⁰⁰ G. MARTY, P. RAYNAUD, Droit civil, Les obligations, t.1, Les sources, Sirey, 2e éd., 1987, n°246. Cité par L. MARIGNOL, Ibid. p.156

indifférent à ses propres déséquilibres internes, qu'ils soient concomitants ou postérieurs à sa conclusion. Il puise sa force dans son immuabilité. Ses termes tiennent lieu de loi à ceux qui l'ont créé et il faudrait le cas extrême d'une contrariété avec l'ordre public ou les bonnes mœurs pour que le juge puisse interférer. La rencontre des volontés produit ainsi une sorte de cristallisation contractuelle qui leur échappe, conférant au contrat cette sécurité immobile, cette teneur immuable, cette imperméabilité presque absolue qui le préserve des mouvements et des contingences de la vie et du temps.¹⁰¹ » Ce que Catherine THIBIERGE a voulu nous faire comprendre c'est que tout simplement le contrat conserve sa force initiale, et ni le juge ni le législateur ne peuvent intervenir pour en modifier les conditions, afin de respecter la sécurité juridique de la relation contractuelle.

A cet effet, dans cette temporalité figée se manifeste le principe de la liberté contractuelle, qui établit une corrélation entre les effets juridiques de l'accord et les engagements pris, autrement dit, la force obligatoire du contrat dûment formé. C'est alors, l'assurance de la force obligatoire et de l'intangibilité des promesses qui sont un gage de sécurité pour les contractants, et que le droit doit garantir¹⁰². Elle aboutit au respect des prévisions des parties contenues dans le contrat. Le contenu du contrat et la force obligatoire ne peuvent donc pas être déliés¹⁰³ : celle-ci, en effet, « ne signifie pas seulement que le débiteur est tenu d'exécuter ses obligations et qu'il y sera éventuellement contraint par l'autorité publique, qui veille au respect des contrats comme à l'observation de la loi. Elle signifie, en outre, que les obligations qui doivent être exécutées sont, en principe, *toutes celles, mais celles seulement qu'ont voulues les parties*¹⁰⁴ ». La force obligatoire garantit non seulement l'effectivité des obligations convenues, mais aussi leur maintien *dans l'état fixé lors de la formation du contrat*¹⁰⁵. Elle fige ainsi le contenu du contrat pour toute sa durée, empêchant toute modification ultérieure ou toute remise en cause qui ne résulterait pas d'un nouvel accord entre les volontés initiales ayant créé la norme contractuelle. « Le lien contractuel, souligne

¹⁰¹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats », RTD. CIV 1997, p. 357.

¹⁰² T. PIAZZON, La sécurité juridique, Paris, Defrénois, 2009, par. 23; Cité par A. VIAUD, Contrat et imprévision : approche comparée, Op.cit. p.26

¹⁰³ V. not. G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat », in. P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (s. la dir.), Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2003, p. 151 et s. Cité par L. MARIGNOL, la prévisibilité contractuelle. Op.cit. p.156

¹⁰⁴ J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, Les obligations. 1. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs, 16e éd., coll. Sirey Université, Sirey, 2014, p. 190., n°377 Cité par L. MARIGNOL, Ibid. p.156

¹⁰⁵ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, Lexis Nexis, 2016, p. 47. Cité par L. MARIGNOL, Ibid. p.156

un auteur, a pour base *non la volonté dans sa réalité psychologique, c'est-à-dire dans sa mobilité, mais la volonté initiale* qui s'est exprimée lors de la conclusion du contrat et dont chaque partie est désormais prisonnière¹⁰⁶ ». Les engagements pris devant être tenus, les conventions sont donc intangibles et irrévocables.

Selon la théorie générale de l'autonomie de la volonté, la force obligatoire du contrat repose sur la volonté des parties¹⁰⁷ elles-mêmes : le contrat est contraignant parce qu'il a été librement voulu ce qui implique que le contrat doit être exécuté dans les termes convenus. Ainsi, aucune modification, suspension, ou révocation ne peut intervenir sans le consentement mutuel des volontés initiales, et ni le juge ni même le législateur ne peuvent s'immiscer dans la dynamique du contrat. Cette rigueur de la loi contractuelle prône l'intangibilité du contrat qui garantit dans une certaine mesure la prévision des parties. Alors, il n'est pas possible de contester la modification librement acceptée, même si celle-ci s'avère déséquilibrée¹⁰⁸.

2- La clause d'imprévision

Pour garantir la stabilité et la prévision des parties, certains contrats intègrent différentes clauses. Ces clauses permettent d'anticiper des situations qui pourraient bouleverser l'équilibre contractuel et, ce faisant, renforcent la sécurité et la prévisibilité de l'accord. Parmi ces clauses figure la clause de hardship ou clause d'imprévision ou encore clause de sauvegarde qui est conçue pour protéger l'une des parties lorsque des circonstances imprévisibles surviennent, altérant substantiellement l'équilibre du contrat sans rendre son exécution impossible. Elle permet aux parties de réviser certaines obligations afin de rétablir l'équité initiale¹⁰⁹, tout en conservant la relation contractuelle. Traditionnellement, la clause de hardship est définie par le Vocabulaire juridique comme une « espèce de clause de révision et d'adaptation en usage dans les contrats internationaux, encore nommée clause de sauvegarde ou de renégociation, en

¹⁰⁶ G. MORIN, « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », APD 1940.8. Cité par L. MARIGNOL, la prévisibilité contractuelle op.cit. p.156

¹⁰⁷ Sur ce point I.Y.NDIAYE énonce : « Je suis parvenu à me convaincre de l'idée que la liberté contractuelle ne doit pas, ou plus, se résumer à vouloir ou ne pas vouloir s'engager ; elle doit être accouplée avec la pleine conscience de devoir agir ou de s'abstenir, mais en se comportant en toute loyauté non seulement à l'égard de celui avec lequel on contracte, mais aussi dès l'instant que l'idée même du contrat est matériellement envisagée ; certes, cette loyauté dans le contrat est déjà connue : la loi, le juge et la doctrine n'ont jamais omis de la solliciter, soit pour édulcorer sa densité, soit pour paralyser l'obligation, soit pour maintenir son exécution, soit pour l'anéantir ; dans cette opération de régulation, elle apparaît souvent sous les traits de la bonne foi, voire parfois de l'équité ; et dans cette acception, elle est même admise lors des négociations entre potentiels contractants. » I.Y. NDIAYE, J. L. CORREA, A.A. DIOUF, *Leçon inaugurale* in COCC 50 ans après Vol 1. , L'harmattan Sénégal, 2018, p.31

¹⁰⁸ Civ. 1ère, 30 juin 2004, Bull. 2004 I n°190, p. 157 : une banque qui hausse ses tarifs de manière significative lors du renouvellement du contrat ne commet aucun abus, dès lors que les nouveaux tarifs ont été acceptés par la cliente.

¹⁰⁹ Sur ce point voir : I. SECK, in *La protection de la partie faible dans les contrats structurellement déséquilibrés*, Revue Africaine de Sciences Politique et Sociales No 39 DEC 2022, pp.407 et s.

vertu de laquelle les parties à un contrat s'engagent à renégocier le contenu de leur accord lorsque les circonstances extérieures lui ont fait subir de profonds déséquilibres, en conférant parfois au juge, à défaut d'un nouvel accord, le pouvoir de procéder lui-même à une révision qui n'altère pas l'économie de l'opération ou à déclarer l'accord caduc¹¹⁰ ». La clause de hardship est une clause permettant certes l'adaptation du contrat, mais qui reste ancrée dans la prévision contractuelle.

Le recours à la clause de hardship est un outil qui maintient l'enfermement du contrat dans le temps de la formation et qui incite les parties à tout prévoir dès la formation. Cependant, il est utile de préciser que la clause de hardship est un recours en cas de difficulté pendant l'exécution du contrat. Elle se distingue de l'imprévision dans la mesure où elle pallie seulement ponctuellement le rejet de l'imprévision¹¹¹. Dans le cadre de la clause de hardship, le but est de poursuivre l'exécution du contrat. Car les contrats à exécution successive sont les premiers concernés puisqu'ils s'inscrivent dans la durée et qu'ils exposent fatalement les parties à un risque d'évolution inattendue du contrat. Certains actes sont plus sensibles que d'autres à l'évolution des circonstances. Il y va des contrats conclus dans les domaines technologiques, par exemple¹¹². Si la théorie de l'imprévision continue de s'imposer en cas de risque non prévu, ces effets sont contrés à l'aide de clauses d'adaptation active. En pratique, elles portent le nom de clauses d'imprévision¹¹³.

En effet, dans le cadre d'un contrat, tout comme à bord d'un navire, des imprévus peuvent survenir. C'est précisément dans ces situations inattendues que la clause de hardship prend tout son sens. L'identification d'un imprévu dans les contrats notamment ceux à exécution successive, nécessite une réflexion sur les conséquences potentielles d'une généralisation de cette clause à l'ensemble des contrats. C'est pourquoi le rapport Catala favorisait ces clauses en affirmant que « dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier dans une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait

¹¹⁰ Vocabulaire juridique, G. Cornu, 10e éd. PUF cité par S. VAN HAECKE-LEPIC, La distinction entre la formation et l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat dans le temps. Op.cit. p.52

¹¹¹ S. VAN HAECKE-LEPIC, Ibid. p.56

¹¹² M. MEKKI : « Prenons, par exemple un fabricant de vidéocassettes vierges ayant conclu un contrat d'approvisionnement pour dix ans avec une maison de production diffusant les films de son catalogue sur ce support. L'essor du DVD ayant conduit à une réduction sensible du marché, l'acquéreur n'a que faire des stocks de produits qu'il reçoit et entend renégocier le contrat ou le rompre ; à l'inverse le fabricant entend que le contrat de fournitures aille jusqu'à son terme. Dans ce genre de situation, si aucune clause d'adaptation ou de hardship n'a été insérée, le recours à la théorie de l'imprévision devient une issue tentante ». S. VAN HAECKE-LEPIC, Ibid. p.54

¹¹³ Clause d'imprévision, clause de renégociation, clause de sauvegarde et surtout de hardship. Toutes ces clauses ont le même nom et s'efforcent de contourner le risque d'imprévision. Dans la mesure où les parties prévoient cette imprévision, elles sont des clauses de prévision.

que par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles ». Les clauses de hardship sont alors considérées comme un palliatif au rejet de la théorie de l'imprévision, particulièrement dans les contrats de longue durée¹¹⁴.

En outre, ces clauses sont présentes en droit international privé où elles sont employées afin d'alléger les contraintes contractuelles en cas d'imprévision. Mais également ce type de clauses se trouve en droit de la consommation¹¹⁵. Effectivement, les clauses de hardship sont utiles dans tous ces domaines, car elles permettent de contourner le rejet traditionnel de la théorie de l'imprévision en aménageant l'imprévision et en rééquilibrant un contrat devenu déséquilibré à la suite d'un changement de circonstances. Mais l'obligation de renégociation qui en découle entraîne parfois des abus¹¹⁶ et ne garantit pas la poursuite de l'exécution.

Cependant, la sécurité juridique ne se limite pas aux seules clauses de renégociation qui soutiennent les prévisions des parties car d'autres clauses tendent à assurer la prévisibilité des conséquences d'inexécution à travers les clauses pénales en plus des clauses de force majeure et de résiliation ou résolutoire.

B- La sécurité contractuelle, une prévisibilité des conséquences d'inexécution

Les conséquences d'inexécution peuvent être prévues par les parties. En prenant ces événements en compte les cocontractants devront insérer des clauses qui vont protéger le contrat de toutes difficultés d'inexécution. Ces clauses demeurent les clauses pénales (1) mais aussi les clauses de force majeure et de résolution (2).

1- Les clauses de pénalité comme outil de prévision des sanctions

En dehors de la clause de hardship ou clause de sauvegarde, les parties peuvent prévoir des clauses dites pénales. La clause pénale fait l'objet d'une réglementation dans le COCC¹¹⁷ qui dispose : « *Les contractants peuvent, par une clause pénale écrite s'engager à payer une somme déterminée dans le cas d'inexécution totale, partielle, tardive ou défectueuse* ». Pour la Cour de cassation française, constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution

¹¹⁴ S. VAN HAECKE-LEPIC, La distinction entre la formation et l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat dans le temps, op.cit. p.57.

¹¹⁵ V. infra, Sur ce point V. I. SECK, in *La protection de la partie faible dans les contrats structurellement déséquilibrés*, op.cit. pp.407 et s.

¹¹⁶ Sur ce point : Cass. com., 12 octobre 2010 : Dans cette affaire, la Cour a examiné les effets d'une clause de renégociation dans un contrat commercial, affirmant que l'invocation de la clause doit se faire dans le respect des obligations de bonne foi et de loyauté.

¹¹⁷ V. article 153 COCC

de l'obligation contractée¹¹⁸. Nous retiendrons de ces définitions qui se rejoignent que toujours dans l'optique de maintenir intactes les prévisions des parties, les clauses pénales fixent alors à l'avance les sanctions pécuniaires en cas de manquement à certaines obligations. En prévoyant un montant ou une formule de calcul précis, les parties peuvent ainsi anticiper le coût d'une inexécution, ce qui renforce la prévisibilité financière du contrat. Une clause de pénalité bien définie permet aux parties de s'assurer d'une exécution diligentée et d'éviter les conflits, les conséquences étant prévues de manière objective. Cela passe évidemment par une « maîtrise de la sanction du débiteur par le créancier à travers la clause pénale ¹¹⁹ ». En effet, cette clause non seulement incite le débiteur à respecter ses engagements, mais elle offre également au créancier une protection contre les pertes financières résultant d'un manquement. Cela permet de créer un climat de confiance entre les parties, sachant que des mesures claires sont en place pour traiter les éventuels manquements.

Il est à noter que, à l'image de la clause de hardship, la clause pénale limite l'intervention du juge. Cependant, la seconde peut intervenir en ce qui concerne le montant de la réparation dans le cadre de contrat de développement économique. Alors, il en est ainsi de la clause pénale par laquelle est stipulé un montant forfaitaire de réparation en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution du contrat. Une solution inconnue du droit sénégalais est consacrée en droit français depuis de nombreuses années et récemment dans le nouvel article 1231-5 du Code civil. Il s'agit de conférer au juge le pouvoir de diminuer ou d'augmenter la pénalité lorsque celle-ci est excessive ou dérisoire¹²⁰. Ce qui convient alors de souligner que la validité et l'efficacité de la clause pénale dépendent de sa rédaction. Une clause qui serait jugée abusive ou disproportionnée pourrait être réduite par le juge, conformément à ce qui a été dit tantôt. Il appartiendra au juge de modérer la peine convenue si celle-ci apparaît manifestement excessive. Cela renforce l'importance d'une rédaction précise et équilibrée des clauses pénales, afin de garantir leur mise en œuvre effective et leur acceptabilité par les parties et par la juridiction compétente. Mais cela n'empêche que cette intervention du juge n'a aucune incidence sur la prévisibilité contractuelle dont la clause pénale garantit son respect.

Ainsi les parties feront ce qu'on pourrait appeler une gestion des risques de l'imprévisible. A cet effet, la prise en compte du risque induira ainsi une intégration de sa valeur certaine

¹¹⁸ Civ. 1e 10 octobre 1995, Bull. Civ, I, n°347 ; D. 1996, p.486 note B. FILLION-DUFOULEUR. Cité par P.S.A. BADJI, LA MISE EN COHÉRENCE DES RÈGLES RELATIVES À LA SANCTION DE L'INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS, in COCC 50 ans après Vol 1. L'harmattan Sénégal, 2018, p.72

¹¹⁹ P.S.A. BADJI, *COCC 50 ANS APRES VOL 1*. Op.cit. p.49

¹²⁰ G. BLANC, Droit des obligations et droit du développement, in COCC 50 ans après Vol 1. p.133

(rémunération de la clause de non-concurrence) ou éventuelle (clause pénale) dans l'équilibre initial du contrat, qu'il s'agisse d'empêcher la réalisation du risque (clause exonératoire de responsabilité, clause de force majeure, clause pénale)¹²¹. En somme, l'inclusion de clauses pénales contribue à la sécurisation des relations contractuelles, en offrant un cadre de référence clair pour les parties. Cela leur permet de mieux gérer les risques associés à l'exécution du contrat, tout en s'assurant que les obligations contractuelles seront respectées et que des solutions appropriées seront disponibles en cas de difficultés. Ainsi, les clauses pénales ne se contentent pas de servir d'outil répressif, mais elles favorisent également une dynamique de coopération et de respect mutuel dans l'exécution des engagements contractuels.

2- Les clauses de résiliation et de force majeure

Il s'agit des clauses ayant pour objet de prévoir les difficultés d'exécution du contrat pouvant mener à sa résolution ou à sa résiliation. Car comme nous l'avons rappelé, la prévision contractuelle concerne beaucoup plus les contrats à exécution successive. Dès lors, les parties peuvent prévoir ces clauses de force majeure mais aussi de résolution pour ainsi éviter une intervention extérieure. La force majeure est définie comme telle : « *il n'y a pas de responsabilité si le fait dommageable est la conséquence d'une force majeure ou d'un cas fortuit, c'est-à-dire d'un événement extérieur, insurmontable et qu'il était impossible de prévoir*¹²² ». Cette disposition énonce les critères d'existence de la force majeure et ses effets¹²³. Ainsi, un débiteur peut invoquer la force majeure pour suspendre ou se libérer de l'exécution de ses obligations¹²⁴.

Alors, la clause de force majeure s'applique lorsque des événements imprévisibles, irrésistibles et extérieurs surviennent, rendant l'exécution du contrat impossible. En cas de force majeure, les parties sont temporairement ou définitivement libérées de leurs obligations, selon que l'empêchement est temporaire ou permanent. Cette clause permet ainsi aux parties de se prémunir contre des risques extrêmes sans que cela entache la stabilité de leur

¹²¹ S. VAN HAECKE-LEPIC, La distinction entre la formation et l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat dans le temps, op. cit. p.471.

¹²² V. article 129 du COCC

¹²³ M. THIOYE, « Les constantes de la force majeure dans le « Code civil des français » et le « COCC » sénégalais », in Le Droit africain à la quête de son identité, Mélanges en l'honneur de I. Y. NDIAYE, (Dir. ND. DIOUF et Alii), pp. 1161 et s. Cité par . I. SECK, in *La protection de la partie faible dans les contrats structurellement déséquilibrés*, op.cit. p.416

¹²⁴ Sur la question, V. C. GRIMALDI, « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit », Recueil Dalloz 2009 p. 1298. Adde, R. FIATTE, Les effets de la force majeure dans les contrats, thèse, Paris, 1920, p. 15. P.-H. ANTONMATTÉI, Contribution à l'étude de la force majeure, LGDJ, préf. B. TEYSSIE, 1992. Cité par . I. SECK, Ibid.

engagement mutuel. Cependant une problématique se pose en ce qui concerne la qualification de force majeure¹²⁵. En guise d'exemple, avec la covid-19, l'occasion a été donnée à certains débiteurs de l'invoquer pour solliciter la résolution de leur contrat. Mais encore faut-il que la crise soit qualifiée de force majeure. Ainsi, si la crise sanitaire constitue un cas de force majeure, la partie faible qui a du mal à exécuter ses obligations peut l'invoquer pour la suspension de ses obligations ou sa libération¹²⁶.

Dès lors, en cas de réalisation d'un risque, les parties peuvent recourir à certaines clauses contractuelles telles que les clauses de force majeure. Les caractères classiques de la force majeure, établis par la jurisprudence¹²⁷, sont l'extériorité, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité ; ces éléments sont également inscrits à l'article 129 du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales. Traditionnellement, ces critères faisaient de la force majeure une situation exceptionnelle, notamment en raison de l'interprétation stricte appliquée par la jurisprudence française. Cependant, celle-ci a récemment assoupli sa position en écartant le critère classique d'extériorité¹²⁸. Désormais, un événement de force majeure doit simplement échapper au contrôle du débiteur, atténuant ainsi l'exigence d'extériorité¹²⁹. De plus, l'événement doit être raisonnablement imprévisible au moment de la conclusion du contrat, ce qui adoucit le caractère absolu de l'imprévisibilité tel qu'il était envisagé auparavant. Enfin, l'événement doit être inévitable même avec des mesures appropriées. Dès lors, si l'événement est temporaire, le contrat est suspendu pendant sa durée, sauf en cas de retard justifiant la résolution du contrat. Si l'événement empêche définitivement l'exécution du contrat, la résolution du contrat en découle logiquement¹³⁰.

En outre, la rupture du contrat fait même l'objet d'une prévision à travers les clauses résolutoires. Les clauses résolutoires sont des dispositions contractuelles qui prévoient explicitement les conditions dans lesquelles un contrat peut être résilié de manière anticipée par l'une des parties en cas de non-respect de certaines obligations. Ces clauses permettent donc de déterminer les circonstances spécifiques de la rupture du contrat sans avoir à passer par un jugement pour établir la faute. Ces clauses doivent être rédigées de manière précise et

¹²⁵ Sur ce point V. J. MESTRE, Force majeure et sort du lien contractuel, RTD Civ. 1990 p.658

¹²⁶ Ph. LE TOURNEAU, « Droit de la responsabilité et des contrats », Dalloz Action, 2018/2019, n° 2142.11. Cité par . I. SECK, in *La protection de la partie faible dans les contrats structurellement déséquilibrés*, op.cit. p.416

¹²⁷ V. Cour de cassation, Chambre civile 1, 14 octobre 2010, 09-16.967, Publié au bulletin ; Cour de cassation, Chambre sociale, 16 mai 2012, 10-17.726, Publié au bulletin ; Cour de cassation, Chambre commerciale, 16 septembre 2014, 13-20.306, Publié au bulletin

¹²⁸ Cass. ass. plén. 14 décembre 2006, pourvoi n° 04-18902 et 02-11168.

¹²⁹ Le nouvel article 1218 du Code civil français va dans ce sens

¹³⁰ G. BLANC, Droit des obligations et droit du développement, op.cit. p.135

non équivoque pour éviter toute interprétation erronée et garantir leur efficacité. C'est pourquoi le créancier doit maîtriser le sort du contrat à travers les clauses résolutoires et la résolution unilatérale¹³¹. Les clauses résolutoires, en prévoyant explicitement les conditions de résiliation anticipée d'un contrat, offrent une sécurité juridique et une prévisibilité aux parties contractantes. Elles permettent de définir clairement les événements ou manquements spécifiques qui entraîneraient automatiquement la fin du contrat, simplifiant ainsi le processus de rupture et réduisant les risques de litiges. En somme, elles renforcent la prévision contractuelle en apportant des règles précises et non équivoques pour la résolution des conflits liés à l'exécution des obligations contractuelles.

Paragraphe 2 : la sécurité économique du contrat

La sécurité économique du contrat s'analyse dans l'insertion de clauses qui pallient à la fois l'aléa législatif (A) et l'aléa économique (B). Par voie de modification automatique ou contrôlée, que ce soit dans un sens de soustraction ou d'addition, les parties éviteront ainsi que le contrat dont elles voulaient faire un atout ne devienne pour l'une ou pour l'autre un handicap ou un piège.

A- Les clauses palliant l'aléa législatif et administratif

Il s'agira de porter notre attention sur deux clauses en particulier : les clauses de stabilisation (1) et les clauses d'intangibilité (2) qui vont garantir la prévisibilité contractuelle.

1- La clause de stabilisation

En prévision ou en prévention des risques externes, les parties disposent tout un arsenal de techniques contractuelles de couverture, d'adaptation ou de variation dont ils pourraient faire usage. Parmi ces différentes techniques figurent les clauses de stabilisation. Elles auront alors pour effet, le cas échéant, de rétablir l'équilibre qui se serait rompu ou de lever l'impasse qui se serait installée du fait de perturbations d'origine extérieure. Dans les contrats de dépendance économique, le rééquilibrage des rapports de force est nécessaire afin de prévenir un rapport inégalitaire entre les cocontractants. Il en est de même pour gérer les risques pouvant engendrer un déséquilibre contractuel en cours d'exécution¹³². Dans ce type de contrat, où une partie bénéficie souvent d'une position économique dominante, des stipulations contractuelles spécifiques sont introduites pour rééquilibrer les droits et protéger la partie plus vulnérable. Parmi celles-ci, la clause de stabilisation est un outil

¹³¹ V. G. LARDEUX, Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat, in *L'efficacité du contrat*, sous la direction de G. LARDEUX, Dalloz, 2011, PP. 7 et s. Cité par P.S.A. BADJI, *COCC 50 ANS APRES VOL I*. Op.cit. p.50

¹³² I. SECK, in *La protection de la partie faible dans les contrats structurellement déséquilibrés*, op.cit. p.418

particulièrement employé, notamment dans les contrats pétroliers¹³³. Elle permet de garantir aux investisseurs une certaine stabilité juridique et économique en cas de modification des lois ou des règlements applicables, protégeant ainsi leurs investissements contre des changements imprévus. Toutefois, cette clause offre également une forme de sécurité à la partie faible en fixant des mécanismes de révision ou de compensation si les modifications réglementaires venaient à désavantager lourdement l'une des parties. La clause de stabilisation illustre donc comment une disposition contractuelle peut anticiper les imprévus tout en protégeant les intérêts de la partie économiquement plus faible, en limitant les effets d'éventuels déséquilibres structurels.

Les clauses de stabilisation visent à prévenir les inconvénients pouvant découler de l'usage des prérogatives de puissance publique par l'État¹³⁴. En effet, lorsque l'État est partie prenante d'une relation contractuelle, il conserve la possibilité de modifier la législation ou la réglementation en vigueur au moment de la conclusion du contrat, voire de le résilier unilatéralement. Pour contrer ces risques, la compagnie pétrolière peut négocier l'insertion de clauses de stabilisation, destinées à neutraliser les effets des changements de droit national. Ces clauses agissent ainsi comme une protection contre l'emprise étatique et permettent d'ancrer le contrat dans le droit international, bénéficiant ainsi des protections qu'il offre. Par leur nature, les clauses de stabilisation tendent à soustraire le contrat d'investissement à la portée des lois, réglementations, décisions judiciaires et administratives de l'État hôte. Leur objectif est de limiter les aléas législatifs en figeant¹³⁵ la législation pétrolière du pays hôte telle qu'elle est à la date de signature du contrat, restreignant ainsi l'exercice de la compétence législative de l'État.

2- La clause d'intangibilité

Par la clause d'intangibilité, nous entendons la disposition contractuelle destinée à rendre intacte le contrat autrement dit l'une des parties s'engage à ne pas remettre en cause le contrat. Cette clause est surtout présente dans les contrats internationaux, souvent dans les secteurs des ressources naturelles et des investissements à travers les contrats d'Etat. En effet, la clause d'intangibilité est une disposition contractuelle qui vise à préserver les termes initiaux d'un

¹³³ V. article 72 du code pétrolier du Sénégal issu de la Loi n°2019-03 du 1er février 2019 portant Code pétrolier.

¹³⁴ Sur la question, V. E. A. NKOUNKOU, *La stabilisation des investissements pétroliers*, thèse, Université Laval, 2012. Cité par I. SECK, in *La protection de la partie faible dans les contrats structurellement déséquilibrés*, op.cit. p.419

¹³⁵ « La clause de stabilisation, quant à elle, a pour principal effet de geler la loi de l'Etat contractant au moment de la conclusion du contrat » V. J. M LONCLE et D. PHILIBERT-POLLEZ « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement » *RD aff. Int.* 2009. 267. Spécifiquement dans le domaine pétrolier, v. B MONTEBAULT, « La stabilisation des contrats d'Etat à travers l'exemple des contrats pétroliers. Le retour des dieux sur l'Olympe ? » *RD aff. Int.* 2003. 593

contrat en les rendant inaltérables, indépendamment des modifications législatives ou réglementaires ultérieures décidées par l'État. Ainsi les clauses d'intangibilité tendent à pallier à l'aléa administratif c'est-à-dire les inconvénients résultant pour l'investisseur de l'exercice éventuel par l'Etat hôte des prérogatives de puissance publique en matière contractuelle¹³⁶. Elle assure que les obligations et droits convenus lors de la signature du contrat ne pourront être modifiés ou remis en cause par de nouvelles lois ou décrets, protégeant ainsi la stabilité juridique pour la partie étrangère, souvent l'investisseur. Contrairement à la clause de stabilisation, qui neutralise les effets de certains changements législatifs en prévoyant des ajustements ou compensations, la clause d'intangibilité impose un respect absolu du contrat tel qu'il a été conclu. En limitant l'intervention de l'État sur les termes de l'accord, cette clause garantit aux investisseurs une prévisibilité accrue, en particulier dans les secteurs où les investissements sont lourds et les retours sur investissement s'étalent sur le long terme, comme dans les industries extractives. En somme, la clause d'intangibilité permettrait non seulement de garantir l'équilibre contractuelle mais aussi d'assurer la prévisibilité contractuelle.

B- Les clauses palliant l'aléa économique

Les clauses palliant l'aléa économique sont conçues pour protéger les parties contractantes contre les fluctuations économiques imprévues qui pourraient affecter l'exécution du contrat. Dans notre recherche, nous nous axons sur les clauses d'indexation ou d'échelle mobile (1) ainsi que les clauses de révision (2).

1- La clause d'indexation ou d'échelle mobile

La clause d'indexation, aussi connue sous le nom de clause d'échelle mobile, est celle qui fait varier le montant de la dette en fonction d'un indice extérieur au contrat¹³⁷. Elle permet ainsi d'ajuster automatiquement les montants financiers dus, tels que les loyers ou les salaires, en fonction des variations d'un indice économique prédéfini, comme l'indice des prix à la consommation. C'est une disposition contractuelle qui permet d'ajuster périodiquement les montants prévus dans le contrat en fonction de certains indices économiques, comme l'inflation, le taux de change, ou le prix de matières premières. Son objectif est de maintenir l'équilibre financier du contrat en préservant le pouvoir d'achat ou la rentabilité des paiements convenus, malgré les fluctuations économiques. En intégrant cette clause, les parties anticipent les variations externes susceptibles d'affecter les conditions économiques initiales,

¹³⁶ I. SECK, Ibid. in *La protection de la partie faible dans les contrats structurellement déséquilibrés*, op.cit. p.419

¹³⁷ A. BAMDE in *Les clauses d'indexation: régime*, 2022 Source : <https://aurelienbamde.com/2022/11/06/les-clauses-dindexation-regime/> Consulté le 30/10/2024

ce qui renforce la prévisibilité et la stabilité du contrat en assurant que les ajustements reflètent les conditions économiques actuelles. Par exemple, selon l'article L112-1 du Code monétaire et financier, l'indice utilisé doit avoir un lien direct avec l'objet du contrat¹³⁸, et la jurisprudence exige que cet indice soit pertinent pour l'activité concernée¹³⁹. En intégrant de telles clauses, les parties démontrent que le contrat est un acte de prévision, puisqu'elles anticipent et s'adaptent aux fluctuations économiques potentielles, garantissant ainsi une exécution équitable et durable de leurs obligations contractuelles.

En outre, la clause d'indexation ou d'échelle mobile est prévue par le COCC en son article 186 qui dispose : « Les contractants peuvent fixer la somme d'argent due par l'un d'eux en se référant aux prix de matières premières, de marchandises, de services, ou, de façon générale, à tout autre indice dont la valeur est déterminable, à condition que l'économie du contrat ou l'activité de l'emprunteur soient en relation directe avec la fluctuation des cours de l'indice choisi. » Dès lors, cette disposition est conditionnée par le fait que l'économie du contrat ou l'activité de l'emprunteur soient directement liées aux fluctuations de l'indice choisi. Cela permet de garantir que les montants reflètent les variations économiques pertinentes et maintiennent l'équité contractuelle malgré les changements économiques. Ainsi, les clauses d'échelle mobile, au lieu de figer les volontés initiales dans un prix déterminé, ont justement pour but de le rendre déterminable, c'est-à-dire adaptable. Ces clauses dites d'échelle mobile ou d'indexation sont au cœur de la problématique de la distinction entre la formation et l'exécution, car elles tentent d'adapter le contrat initial aux impondérables dans un souci de protection des cocontractants. C'est pourquoi on retrouve principalement ces clauses dans des contrats bancaires ainsi que des contrats internationaux dans la mesure où ces contrats sont très perméables au temps et aux fluctuations du marché¹⁴⁰.

2- La clause de révision

La révision du contrat par les parties ne peut se faire que lorsqu'elles ont librement consenti à cette dernière¹⁴¹. Alors, la clause de révision doit être prévue en amont par les parties afin de protéger l'économie des contrats en rapport avec leurs prévisions. Cela dit, tout pari sur

¹³⁸ V. article L112-1 du Code monétaire et financier français : "Toute clause indexant l'exécution d'une obligation à terme sur un indice ne présentant pas un lien direct avec l'objet de cette obligation est réputée non écrite."

¹³⁹ Cour de cassation, Chambre commerciale, 4 novembre 2014, n° 13-23.673 : "L'indice utilisé pour l'indexation doit avoir un rapport direct avec l'objet du contrat ou l'activité des parties." CJUE, Arrêt de la Cour, LB et JL contre Getin Noble Bank S.A., 24/10/2024, C-347/23 Source : <https://juricaf.org/recherche/indexation> Consulté le 30/10/2024

¹⁴⁰ S. VAN HAECKE-LEPIC, La distinction entre la formation et l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat dans le temps, op. cit. p.49.

¹⁴¹ V. article 97 du COCC : « Le contrat ne peut être révisé ou résilié que du consentement mutuel des parties ou pour les causes prévues par la loi ».

l'avenir recèle une part de risques, car il peut arriver que le scénario prévu ne soit guère respecté à la lettre et qu'il y ait des écarts ou déviations par rapport aux circonstances économiques. En effet, comme tout acte de prévision, le contrat peut être appelé à traverser des zones de turbulence et, ainsi, s'exposer à des risques de perturbations qui en hypothéqueront l'exécution ou la bonne exécution. C'est là qu'intervient la clause de révision qui, est un instrument juridique de prévision des parties dans les contrats, permettant d'adapter les obligations contractuelles en fonction de changements imprévus et significatifs dans les conditions économiques ou autres. En intégrant une clause de révision, les parties démontrent leur volonté de garantir la pérennité et l'équité du contrat, même face à des fluctuations économiques importantes ou à des événements imprévus. Cette clause prévoit des mécanismes permettant d'ajuster certains termes du contrat, tels que les prix, les délais, ou les prestations, en réponse à des variations substantielles des conditions initiales. Par exemple, une révision de prix peut être déclenchée en cas de hausse significative des coûts des matières premières ou de la main-d'œuvre, assurant ainsi que l'équilibre économique du contrat soit maintenu¹⁴².

Concrètement, la clause de révision est un mécanisme contractuel permettant d'adapter certains termes du contrat lorsque surviennent des circonstances imprévues ou des changements majeurs dans les conditions économiques ou juridiques. Elle vise à maintenir l'équilibre initial des prestations convenues, en offrant aux parties la possibilité de renégocier le contrat afin de tenir compte de nouvelles réalités qui pourraient compromettre la viabilité ou l'équité de l'accord. En pratique, cette clause est particulièrement utile dans les contrats à long terme, où les variations économiques, les modifications législatives, ou les innovations technologiques peuvent rendre les conditions initiales inappropriées ou désavantageuses pour l'une des parties. Dès lors, plutôt que de soumettre la modification du contrat à un nouvel accord en cours d'exécution du contrat, les parties peuvent choisir, dès l'origine, de stipuler une clause de révision¹⁴³. Ces clauses peuvent être d'application automatique en prenant l'exemple des clauses d'indexation, ou laisser à l'une des parties le soin de modifier unilatéralement certains éléments du contrat. Il en est ainsi, notamment, de la faculté offerte de fixer le prix en cours d'exécution d'un contrat-cadre¹⁴⁴ ou, plus généralement, de modifier un élément du contrat. En revanche dans le cadre des contrats de consommation, une telle

¹⁴² Article 1195 du Code civil français permet aux parties de demander une renégociation du contrat en cas de changement imprévisible des circonstances rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse.

¹⁴³ Sur ce point V. J. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 2017, 454 pages

¹⁴⁴ V. article 1164 du Code civil

clause ne saurait être acceptée. En protégeant la partie faible à savoir le consommateur, le législateur induit implicitement que l'ensemble des éléments liés à l'économie du contrat relève de l'Etat et non de l'une ou l'autre partie notamment le professionnel¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Sur ce point V. article 4 et s. de la loi 2021-25 sur les prix et la protection du consommateur

Chapitre 2 : La prévision, une contribution à la flexibilisation du contrat

Le contrat, traditionnellement perçu comme un instrument rigide et figé¹⁴⁶, est aujourd'hui de plus en plus marqué par une dynamique de flexibilisation. Face à un environnement économique, juridique et social en perpétuelle évolution, les parties prenantes cherchent à adapter leurs engagements à des circonstances parfois imprévues ou changeantes. En effet, la théorie de l'imprévision met principalement en exergue deux conceptions du contrat : l'une rigide, la rejetant en considération d'une conception de la *sécurité-intangibilité*, la sécurité étant considéré comme « tout à la fois : savoir et prévoir »¹⁴⁷ ; l'autre, sociale, l'admettant en considération d'une conception de la *sécurité-flexibilité*, qui présuppose l'incomplétude. Ces deux visions montrent alors l'évolution du droit des contrats se dirigeant vers la souplesse nécessaire à l'admission des changements de circonstances. On reconnaîtra ici un élargissement des acteurs pouvant intervenir dans le contrat (Section 1) remettant ainsi en cause le principe du contrat chose des parties. De plus, le contrat en tenant compte de son environnement actuel a changé d'orientation (Section 2) en tournant ainsi le dos à l'intangibilité qu'il prônait.

¹⁴⁶ Sur ce point : V. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats », op. cit. p.357

¹⁴⁷ A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », D. 2002.2814, par. 10. Cité par A. VIAUD, Contrat et imprévision : approche comparée, Op.cit. p.19

Section 1 : L'élargissement des acteurs intervenant dans le contrat

Avec la flexibilité du contrat, les parties ne sont désormais plus les seules à intervenir. La conception du contrat *chose des parties*¹⁴⁸ tend à décliner de plus en plus avec le renforcement des pouvoirs du juge et même du législateur. A rappeler que traditionnellement, le contrat reposait principalement sur la volonté des parties contractantes. Cependant, l'évolution du droit des contrats a entraîné une diversification des acteurs intervenant dans la sphère contractuelle, influençant ainsi le contenu, l'interprétation et l'application des accords. Cette évolution s'inscrit dans une dynamique visant à mieux protéger les intérêts des parties, à assurer une régulation plus juste et à répondre aux besoins socio-économiques contemporains. C'est pourquoi le juge est devenu un acteur important de la sphère contractuelle (Paragraphe 1). Le contrat laisse aussi de plus en plus de place à l'intervention du législateur (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : le juge, acteur passif de la sphère contractuelle

Selon Denis MAZEAUD, les droits et les obligations des parties contractantes peuvent être résumés en trois mots « liberté, égalité, responsabilité¹⁴⁹ ». Dès lors en accord avec cette assertion, les parties au contrat ont non seulement le libre choix sur le contenu du contrat, mais aussi de déterminer les termes ainsi que les modalités sous le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. Fort de ce constat, l'inobservation de ces obligations peut conduire à l'intervention du juge. Son immixtion dans le contrat permet d'équilibrer et de rendre une meilleure justice contractuelle. Ainsi, certains auteurs se demandent même si le juge ne représente pas une troisième partie au contrat¹⁵⁰.

Ce qui nous amène à nous appesantir sur le rôle du juge dans l'interprétation du contrat (A) avant de venir sur le renforcement des pouvoirs du juge dans la régulation du contrat (B).

¹⁴⁸ Dans un arrêt très récent du 11 avril 2018, la Cour d'appel de Montpellier a statué avec pour attendu "Le contrat fait la loi des parties". L'utilisation de ce principe, deux siècles après sa consécration dans le Code civil de 1804 et largement inspiré d'une formule du juriste français Domat (1625-1696), souligne bien son caractère essentiel et surtout la pérennité de ce principe en droit contractuel français. « Le contrat est-il toujours la loi des parties ? » Source : <https://www.doc-du-juriste.com/droit-prive-et-contrat/droit-civil/dissertation/contrat-est-il-toujours-loi-parties-488800.html#:~:text=L'article%201101%20du%20Code,l'on%20appelle%20les%20parties.> Consulté le 30/10/2024

¹⁴⁹ D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat variations optimistes sur un couple illégitime », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz 2005, p.238

¹⁵⁰ La réforme du droit des obligations français, à travers l'ordonnance de 2016 a consacré la théorie de l'imprévision. Désormais le juge doit donc rétablir l'équilibre d'un contrat, dont les conditions sont modifiées au détriment de l'une des parties, par la survenance d'événements imprévisibles lors de la conclusion du contrat. Sur la question V. article 1195 du code civil

A- Le rôle du juge dans l'interprétation du contrat

Le juge occupe une fonction centrale lorsqu'il s'agit d'interpréter le contrat. Ce rôle, autrefois limité à une approche strictement littérale des clauses, s'est progressivement élargi pour prendre en compte des considérations contextuelles et pragmatiques. Cela a permis d'assurer une application plus adaptée des conventions, en tenant compte de l'intention réelle des parties et des circonstances entourant la formation de l'accord. L'analyse du rôle du juge dans l'interprétation du contrat se divise en deux volets : d'une part, l'approche classique fondée sur l'interprétation stricte et littérale du contrat (1) et, d'autre part, l'évolution vers une interprétation contextuelle et dynamique visant à préserver l'équité contractuelle (2).

1- De l'interprétation stricte et littérale du contrat

Traditionnellement, le rôle du juge se limitait à respecter la lettre du contrat, en interprétant les clauses selon la volonté exprimée par les parties. Cette conception classique visait à garantir la prévisibilité et la sécurité juridique en privilégiant le respect des engagements formellement exprimés. Car, le concept de contrat, forgé à partir d'un postulat d'intangibilité, est soumis depuis plusieurs années à des assauts permanents du temps, de la durée, mais aussi de l'ordre public de protection qui au nom du bien commun transforme le contrat de 1804. C'est dans ce contexte que se nourrissent les effets d'une interprétation a minima du contrat¹⁵¹. Le juge est alors à ce moment contraint de respecter la lettre du contrat ne pouvant pas ainsi s'aventurer plus loin. Le contrat étant la loi des parties, le juge ne devrait pas avoir son mot à dire : c'est le prisme de la force obligatoire du contrat. Le célèbre adage mentionnant que « *nul n'est censé ignorer la loi* » s'est ainsi transposé dans le contrat limitant autant que possible l'intervention du juge. En effet, cela posait de nombreuses difficultés d'interprétation étant donné l'approche stricte du contrat en tant qu'acte de prévision qui prônait son enfermement face aux interventions extérieures notamment celle du juge.

Dès lors, une stricte interprétation aboutit à interpréter une clause « *dans le sens que les parties ont voulu lui donner, sans qu'il soit permis au juge d'en étendre l'application à d'autres hypothèses que celles envisagées par celles-ci ou de restreindre, de limiter son application à certaines des hypothèses auxquelles elles avaient songé* »¹⁵². Bref, afin de respecter la volonté réelle des parties¹⁵³, il faut s'en tenir aux hypothèses visées par celles-ci. Alors, l'interprétation stricte et littérale du contrat par le juge repose sur l'idée fondamentale

¹⁵¹ S. VAN HAECKE-LEPIC, La distinction entre la formation et l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat dans le temps, op.cit. p.44

¹⁵² P. WERY, Droit des obligations - Volume 1, 3e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 436, n° 415 ; F. RIGAUX, La nature du contrôle de la Cour de cassation, Bruxelles, Bruylant, 1966 ; F. DUMON, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », J.T., 1977

¹⁵³ C'est ce qu'il faut effectivement faire, sur la base du principe de primauté de la volonté réelle des parties.

selon laquelle le contrat est avant tout un acte de prévision, où les parties expriment leur volonté par des termes clairs et précis. Cette approche s'appuie sur le principe que les parties, en définissant minutieusement leurs engagements, cherchent à créer une situation stable et prévisible. Le rôle du juge consiste alors à respecter scrupuleusement cette prévisibilité en interprétant les clauses contractuelles selon leur signification ordinaire et explicite, sans aller au-delà des termes convenus. Cela favorise une lecture qui limite les incertitudes et protège les attentes légitimes des contractants. La prévision contractuelle est ainsi préservée, permettant aux parties d'anticiper les effets de leur engagement et de se prémunir contre les aléas de l'exécution. Toutefois, cette approche peut devenir problématique lorsque les circonstances changent de manière imprévisible ou lorsque l'application littérale conduit à des situations manifestement inéquitables, mettant en lumière les limites de la prévisibilité stricte ce qui conduit à une évolution.

2- La recherche d'une interprétation contextuelle du contrat

L'évolution du droit des contrats laisse apparaître une certaine mouvance dans l'interprétation des postulats fondamentaux sur lesquels le rejet de la théorie de l'imprévision était fondé, la théorie classique se voyant reprocher son « statisme et son rigorisme »¹⁵⁴. Prenant appui sur les évolutions de la pratique contractuelle, il pourrait être décelé une approche plus globale de l'opération contractuelle, allant vers une prise en considération du lien unissant les parties et remettant en cause l'interprétation traditionnelle de la sécurité juridique¹⁵⁵. La règle d'interprétation est posée de manière particulièrement claire par le Code civil¹⁵⁶, selon lequel « *le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral des termes* » et oblige à entendre l'intangibilité non point comme le respect scrupuleux de ce qui a été écrit et qui de toute façon apparaît, de fait, insusceptible d'être utilement invoqué en raison de son obscurité mais allant au-delà de la lettre, de rechercher l'esprit de ce qui a été communément voulu. Cette large autonomie accordée aux juges du

¹⁵⁴A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 27, p. 334; B. FRYDMAN, « Le droit à la lumière de la philosophie de l'action », dans P. LIVET (dir.), *L'argumentation: droit, philosophie et sciences sociales*, Québec, Presses de l'université Laval, 2000, p. 145 à la page 154, précisant que « pour la résumer en deux mots, la théorie classique est à la fois volontariste et statique. Volontariste car elle se fonde, dans toutes ses étapes, de la formation du contrat à sa modification, en passant par son interprétation, sur le seul et unique critère de 'l'intention réelle et commune des parties'. Statique, dans la mesure où elle considère que cette intention s'est cristallisée de manière complète et définitive dans l'instant même de la formation du contrat, sans qu'il y ait lieu de considérer son évolution ultérieure » cité par A. VIAUD, *Contrat et imprévision : approche comparée*, Op.cit. p.15

¹⁵⁵ A. VIAUD, Ibid. p.15

¹⁵⁶ V. l'article 1188 al. 1 du code civil

fond¹⁵⁷ permet en réalité de relativiser l'idée d'une intangibilité du contenu du contrat qui rimerait avec son irrévocabilité¹⁵⁸.

Aujourd'hui, le juge tend à dépasser l'approche littérale pour prendre en compte le contexte global du contrat, incluant les circonstances entourant sa formation et son exécution. Cette évolution permet de corriger les injustices potentielles ou de clarifier des clauses ambiguës afin de préserver l'équilibre contractuel. Ce qui fait dire à Denis MAZEAUD que « *le juge est ainsi appréhendé soit comme le modérateur de la loi contractuelle, soit comme le partenaire des contractants dont la volonté n'a pas suffi pour aboutir à la conclusion d'un contrat parfait* ¹⁵⁹ ». Contrairement à l'approche stricte et littérale, cette interprétation prend en compte l'ensemble des circonstances entourant la formation, l'exécution et l'intention réelle des parties au contrat¹⁶⁰. L'objectif est de rendre les accords plus équitables et adaptés aux contextes concrets dans lesquels ils s'inscrivent, ce qui reflète une volonté de dépasser la rigidité formelle pour mieux répondre aux exigences de justice et d'équilibre contractuel. Cette évolution implique un déclin progressif de l'intangibilité du contrat, c'est-à-dire de la stricte intangibilité des termes expressément convenus par les parties. En effet, le juge peut être amené à interpréter les clauses de manière à ajuster les obligations contractuelles face à des circonstances imprévues ou à des changements significatifs de contexte. Cela permet de corriger les déséquilibres apparus après la conclusion du contrat, garantissant que l'exécution des engagements reste conforme à l'esprit initial des parties, même si le texte écrit ne prévoit pas explicitement de telles adaptations¹⁶¹.

¹⁵⁷ Cass. sect. réun., 2 février 1808 : G.A.J.C, n°160 ; Req., 22 novembre 1865 : DP 1866.1.108, S.1866.1.23, concl. FABRE ; Cass. civ. 10 mai 1948 : Gaz. Palinéa1948.2.41 ; Com. 11 avril 2012, Bull. IV, n°80, D.2012.1123 ; RDC 2012.755, obs. T. GENICON. Cité par L. MARIGNOL, la prévisibilité contractuelle. Op.cit. p.161 note n°662

¹⁵⁸ Le doyen PAISANT évoquait certaines « brèches » ouvertes dès l'origine du reste dans le principe d'intangibilité, à travers la possibilité ouverte par l'ancien article 1134 du Code civil de révoquer les conventions « pour les causes que la loi autorise » ou encore avec l'institution du délai de grâce, même strictement encadré, de l'article 1244 (in. « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », Droit & patr., n°58, mars 1998, p.43. Cité par L. MARIGNOL, Ibid. p.161 note n°663

¹⁵⁹ D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat. Variations optimistes sur un couple illégitime », Op.cit., p. 237

¹⁶⁰ L'article 99 du code des obligations civiles et commerciales dispose « Par-delà la lettre du contrat, le juge doit rechercher la commune intention des parties pour qualifier le contrat et en déterminer les effets ».

¹⁶¹ D'autres méthodes d'interprétation existent tel que l'interprétation *in favorem* : l'article 71 du COCC dispose « Le terme est toujours présumé, stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation ou des circonstances, qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier ». Ce qui veut dire, en cas de litige dans le contrat, en principe, le juge tranche contre le créancier.

A- Le renforcement des pouvoirs du juge dans la régulation du contrat

Le juge voit ses pouvoirs se renforcer en ce qui concerne le contrat. En effet, là où le juge était un simple spectateur de la relation contractuelle, il demeure désormais d'après les auteurs une troisième partie au contrat. Cela a été rendu possible par la consécration de la révision pour révision (1) accordant au juge de pouvoir garantir un équilibre contractuel (2).

1- La consécration de la révision pour imprévision

A l'origine, le rejet de l'imprévision¹⁶² passe par une volonté affichée d'assurer le maintien de la prévision contractuelle de départ. Le maintien du contrat passe par le respect de la parole donnée enfermant, et l'étau paraît très resserré, avec le respect intangible de la prévision. Si le principe de force obligatoire des conventions s'impose au juge, celui-ci peut-il modifier le contrat lorsqu'un changement des circonstances économiques bouleverse l'équilibre des prestations voulu par les parties ? La réponse de l'arrêt Canal de Craponne se retranche derrière le visa de l'article 1134 du Code civil, mais c'est surtout l'idée de la sécurité juridique des relations juridiques qui explique cette décision : « *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* »¹⁶³. C'est donc le prisme de la sécurité qui est mis en avant¹⁶⁴.

Cependant, les juges ont vu leurs pouvoirs se renforcer avec la flexibilisation du contrat. En effet, la réforme française de 2016 portant l'ordonnance du 10 Février 2016 a bouleversé complètement ce principe de l'intangibilité du contrat et donne des pouvoirs exorbitants au juge. Auparavant, le juge était comme le serviteur et l'arbitre de la volonté des parties, il se devrait d'être neutre. Or, aujourd'hui, on note la consécration du pouvoir du juge, d'adopter ou de réviser le contrat à travers les règles instaurées par le législateur français. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire la nouvelle disposition de l'article 1195 du nouveau code civil au terme duquel : « *Si un changement de circonstance imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux*

¹⁶² La jurisprudence sénégalaise n'a dans le principe, jamais varié dans sa position d'ignorance de l'imprévision depuis l'arrêt Guedel Mbodj. P.K.A.F NDONG, in *la prévisibilité contractuelle en droit sénégalais des obligations civiles et commerciales*, op.cit. p.70

¹⁶³ Affaire Canal de Craponne, 6 mars 1876, D. 1876.1.193, note Giboulot ; GAJC, t. 2, n° 165

¹⁶⁴ S. VAN HAECKE-LEPIC, La distinction entre la formation et l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat dans le temps, op.cit. p.28

conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

Ainsi, le législateur français a adopté à travers l'article 1195 du code civil la théorie de l'imprévision. Cette dernière modifie la situation économique du contrat qui n'était pas prévue par les parties. Ceci étant dit, elle donne maintenant au juge la possibilité de modifier le contrat sous la demande de l'une des parties, tout en remettant en cause l'intangibilité du contrat. Cette position est appuyée par beaucoup d'auteurs dont Loïc CADIET qui énonce : « *le juge du contrat n'est plus le spectateur passif de la querelle contractuelle, prisonnier d'un prétendu principe de l'autonomie de la volonté qui lui impose de respecter les termes de la convention et lui interdit de modifier le contenu, fût-ce, pour rétablir entre les parties, un équilibre injustement rompu.*¹⁶⁵ » Pour d'autres, il s'agit d'une véritable immixtion du juge dans le contrat, où ce dernier se permet de modifier une situation conclue par les cocontractants, là où il n'avait pas vocation à intervenir. Pour Monsieur NIBOYET, « *le contrat révisé n'a plus de contrat que le nom et, c'est au milieu de ses décombres que vient s'établir la réglementation du juge* ». Compte tenu de toutes ces circonstances, on peut avancer l'idée selon laquelle, la relation contractuelle va être sous la houlette du juge qui va veiller à la flexibilité contractuelle.

2- le contrôle de l'ordre contractuel par le juge

Le contrat légalement formé crée une force obligatoire¹⁶⁶ qui lie les parties et impose également au juge de respecter et de faire respecter cette obligation. De ce fait, le juge ne peut pas s'immiscer dans les relations contractuelles pour les conformer à ses propres conceptions de l'équité et de la justice économique¹⁶⁷. Cependant, l'évolution de l'environnement contractuel a conduit à un renforcement de l'intervention prétorienne du juge dans la sphère contractuelle. En effet, il est courant que le juge s'autorise un droit de regard sur le contenu d'un contrat afin de neutraliser les abus, les excès ou les incohérences¹⁶⁸, même en l'absence

¹⁶⁵ L. CADIET, *la justice contractuelle, l'autre* ; in Etudes offertes à Jacques Ghestin Le contrat au début du XXI^e siècle L.G.D.J, 2001, p.181

¹⁶⁶ Article 96 du COCC

¹⁶⁷ La conception traditionnelle du contrat comme acte de prévision cherchait à limiter le plus possible les interventions extérieures et constituait un bloc et une bulle imperméable et résistante à l'épreuve du temps. Sur ce point V. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats » Op.cit. p.357 et s.

V. J.-L. AUBERT, *Le contrat, droit des obligations*, Dalloz, Connaissance du droit, 2000, p. 116. Cité par I. SECK, in *La protection de la partie faible dans les contrats structurellement déséquilibrés*, op.cit. p.421

¹⁶⁸ D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat. Variations optimistes sur un couple illégitime », Op.cit., p. 237 Cité par I. SECK, in *La protection de la partie faible dans les contrats structurellement déséquilibrés*, op.cit. p.421

d'une autorisation législative explicite. Le juge, s'appuyant sur les principes d'équité et de bonne foi, a créé des obligations telles que les devoirs de loyauté, d'information, de collaboration et de préservation de l'équilibre contractuel¹⁶⁹. Il s'attribue ainsi le pouvoir de modifier les conventions en imposant aux parties des obligations qu'elles n'avaient pas envisagées¹⁷⁰. En refusant de se limiter au rôle de « serviteur¹⁷¹ » du contrat tel que le prônait la théorie de l'autonomie de la volonté, le juge cherche à instaurer la justice entre les contractants. Ainsi, le juge joue un rôle essentiel dans la protection des parties les plus faibles, notamment en matière de consommation¹⁷², en contrôlant la validité et la licéité des clauses contractuelles. Ce contrôle vise à éliminer les dispositions abusives susceptibles de créer un déséquilibre significatif entre les parties. Ainsi, chaque partie doit donc non seulement recevoir l'équivalent de ce qu'elle donne, mais aussi ne pas se trouver soumise à des obligations disproportionnées au regard de celles de l'autre, dans l'économie globale de l'acte. En droit positif, l'équilibre recherché est, non un idéal, mais un minimum qui ne s'accommode pas des disproportions significatives. Si donc un déséquilibre significatif existe, le principe d'équilibre peut ainsi permettre au juge, à la demande de l'une des parties ou des deux, soit d'établir un équilibre contractuel là où il faisait défaut, soit de le rétablir s'il a été rompu¹⁷³.

Sur ce point, dans les contrats structurellement déséquilibrés, il est constaté selon les propos de I. SECK que « tout n'est pas contractuel dans le contrat ». Les conventions profondément déséquilibrées ne tiennent plus toujours lieu de loi entre les parties. Le contrat a cessé d'être libre pour devenir dirigé¹⁷⁴. Dès lors, le contrat n'est plus considéré comme chose des parties. La liberté étant encadrée, le contrat fait alors l'objet d'une certaine surveillance. Ceci a été magistralement démontré par un auteur qui affirmait qu'« *entre de tels contractants, les uns colossaux, les autres infimes, l'autonomie de la volonté cessait d'avoir un sens ; la liberté contractuelle devenait une réalité unilatérale, ne fonctionnant qu'au profit du plus fort, réalisant à coup sûr l'écrasement du faible. A l'égalité théorique, désormais rompue dans les faits, il fallait substituer l'égalité effective en instituant une politique de réglementation et*

¹⁶⁹ I. SECK, « Des quelques mutations du droit sénégalais des contrats de droit privé », op. cit., pp. 46 .

¹⁷⁰ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in Mélanges TERRÉ, Paris, Dalloz, 1999, pp. 603 et s. Cité par I. SECK, Ibid. p.421

¹⁷¹ L. CADIET, *la justice contractuelle, l'autre* ; in Etudes offertes à Jacques Ghestin Le contrat au début du XXI^e siècle, op.cit. 181

¹⁷² Sur ce point V. article 4 et s. de la loi 2021-25 sur les prix et la protection du consommateur

¹⁷³ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats », op.cit. p. 373

¹⁷⁴ V. M. ARMAND-PREVOST et D. RICHARD, « Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », JCP G 1979, I, 2952, n° 1. Cité par I. SECK, Ibid. p.422

d'interventionnisme (...)»¹⁷⁵. C'est pourquoi le juge, dans l'exercice de son pouvoir de régulation sera amené à corriger le déséquilibre pouvant naître des clauses abusives. En effet, le juge peut être amené à interpréter les clauses de manière à ajuster les obligations contractuelles qui étaient jusque-là déséquilibrées . Cela permet de restaurer de l'équilibre contractuel dans les contrats structurellement déséquilibrés apparus après la conclusion du contrat, garantissant ainsi l'exécution des engagements.

Paragraphe 2 : Le législateur, protecteur du contrat

Le législateur conscient des revers de la liberté contractuelle, surtout dans les contrats de dépendance économique¹⁷⁶, se met de plus en plus, à la recherche d'un équilibre contractuel. D'ailleurs, l'analyse du cadre normatif sénégalais, révèle l'existence de mécanismes de protection en encadrant les clauses contractuelles (A) impliquant dans une certaine mesure l'intervention du législateur dans l'exécution et la modification du contrat (B).

A- L'encadrement des clauses contractuelles

L'intervention du législateur vise à encadrer le contenu des clauses contractuelles pour protéger les parties les plus vulnérables et rétablir l'équilibre contractuel. D'une part cela passe par une régulation stricte des clauses abusives (1), en particulier dans les contrats d'adhésion ou de consommation, et par l'imposition de normes visant à garantir une certaine équité dans les relations contractuelles. D'autre part, nous aurons la recherche de l'équilibre contractuel par des dispositifs légaux qui imposent des standards minimums d'équité¹⁷⁷ (2).

1- La protection des parties faibles

Les règles relatives aux clauses abusives constituent une des avancées les plus significatives pour la recherche de l'équilibre du contrat, particulièrement dans des contrats où l'unilatéralisme sévit. Ces clauses sont présentes notamment dans les contrats de consommation liant un professionnel et un consommateur non-professionnel. D'ailleurs l'article 15 de la loi 2021-25 sur les prix et la protection du consommateur dispose que « *dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations*

¹⁷⁵ L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », op. cit., p. 4. V. aussi : L. JOSSERAND, « Le contrat dirigé », DH 1933, p. 89 et s. Cité par I. SECK, in *La protection de la partie faible dans les contrats structurellement déséquilibrés*, op.cit. p.422

¹⁷⁶ Sur ce point V. I. SECK, Ibid. p.412

¹⁷⁷ L'"équité" est le principe modérateur du droit objectif (lois, règlements administratifs) selon lequel chacun peut prétendre à un traitement juste, égalitaire et raisonnable. Source : <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/equite.php#:~:text=D%C3%A9finition%20de%20%C3%89quit%C3%A9&text=L'%22%C3%A9quit%C3%A9%22%20est%20le,traitement%20juste%2C%20%C3%A9galitaire%20et%20raisonnable> . Consulté le 30/10/2024

des parties au contrat ». A cet effet, les règles relatives aux clauses abusives constituent une protection essentielle pour les parties les plus vulnérables dans les contrats, telles que les consommateurs ou les non-professionnels, afin de rétablir un certain équilibre face au pouvoir de négociation souvent dominant des professionnels.

En interdisant les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, le législateur vise à éviter que les parties les plus faibles ne soient soumises à des conditions injustes, voire oppressives. Ce qui se comprend, étant donné que les armes dont disposent les parties les plus faibles aux contrats sont quasiment inexistantes. C'est pourquoi le législateur a cherché à donner les moyens aux parties concernées afin de maintenir un semblant d'égalité dans ces contrats notamment ceux structurellement déséquilibrés.

En outre, le déséquilibre contractuel se manifeste typiquement par des clauses qui restreignent de manière excessive les droits d'une partie ou qui confèrent un avantage disproportionné à l'autre. Ces clauses peuvent par exemple imposer des pénalités exorbitantes, limiter les droits de recours ou exonérer la responsabilité du professionnel de manière injustifiée. Grâce aux dispositions légales telles que celles prévues par la loi 2021-25¹⁷⁸, le législateur impose des limites à la liberté contractuelle afin de protéger les consommateurs de telles pratiques. Cette régulation garantit que les engagements contractuels respectent un minimum d'équité, tout en réduisant les risques d'abus¹⁷⁹ d'une partie sur l'autre. A défaut, comme le précise l'article 19 de cette loi, les contrats entre fournisseurs et consommateurs présentant des clauses abusives sont réputés non écrits et nuls.

L'encadrement des clauses abusives s'inscrit dans une logique plus large de protection des intérêts des parties faibles et de lutte contre l'unilatéralisme dans les contrats. Pour ce faire, un arsenal juridique sénégalais offre une palette d'outils juridiques destinée à corriger les effets nocifs pouvant résulter du déséquilibre contractuel. C'est ainsi que dans les contrats de dépendance économique, contrats par essence déséquilibrés, l'on note la prégnance des interventions législatives¹⁸⁰ dans le but de restaurer l'équilibre contractuel et la justice

¹⁷⁸ Sur ce point V. article 15 à 19 de la loi 2021-25

¹⁷⁹ Sur ce point V. article 76 de la loi 2021-25

¹⁸⁰ « Conscients des impacts des changements économiques et technologiques sur le droit des contrats, les législateurs national et supranational multiplient les lois spéciales sans compter bien sûr les solutions spéciales audacieuses rendues par la jurisprudence, lesquelles ne s'inscrivent pas en conformité avec les textes du droit commun des contrats » : I. SECK, « *Des quelques mutations du droit sénégalais des contrats de droit privé* », op. cit., p. 32 et s. V. aussi : La loi n° 2012-02 du 03 janvier 2012 sur le crédit-bail au Sénégal, J.O. N° 6663 du samedi 12 mai 2012 ; la loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques, JORS n° 6404 du 26 avril 2008 ; la loi n° 2008-26 du 28 juillet 2008 portant règlement bancaire, J.O. N° 6437 du Samedi 8

contractuelle¹⁸¹. Ces interventions législatives se manifestent aussi bien en temps normal qu'en temps de crise. En cas de manquement à ces dispositions la loi 2021-25 prévoit des sanctions allant d'une simple amende à une peine d'emprisonnement¹⁸². Cette intervention législative, loin de porter atteinte à la liberté contractuelle, en redéfinit les limites afin de maintenir une cohésion entre les exigences de liberté, d'équité et de sécurité dans les relations contractuelles. Cela permet d'instaurer une certaine confiance dans les échanges contractuels, en renforçant la prévisibilité et la stabilité des engagements pris.

2- L'instauration de mécanismes garantissant l'équilibre du contrat

Outre la régulation des clauses abusives, le législateur met en place divers mécanismes pour rétablir l'équilibre contractuel. Ces interventions se traduisent par des dispositions légales visant à instaurer un certain niveau d'équité dans les relations contractuelles, telles que l'obligation de bonne foi dans la négociation, la formation et l'exécution des contrats. Le législateur peut également imposer des standards minimums ou des obligations d'information spécifiques pour éviter les déséquilibres, notamment dans les contrats où une asymétrie d'informations ou de pouvoir est patente. Ainsi, l'action législative ne se limite pas à une simple interdiction de certaines clauses, mais cherche également à rééquilibrer les relations entre les parties pour garantir une justice contractuelle. En marge de cette précision, en prenant l'exemple des contrats structurellement déséquilibrés, qui s'analysent en des contrats de dépendance économique¹⁸³, sont considérés comme des contrats d'adhésion¹⁸⁴ dans la mesure où l'une des parties, en l'occurrence la partie économiquement faible, a rarement la possibilité de discuter de toutes les clauses du contrat¹⁸⁵. Partant de là, les contrats d'adhésion peuvent être un terrain fertile pour l'abus de puissance économique¹⁸⁶.

novembre 2008. Cité par I.SECK, in *La protection de la partie faible dans les contrats structurellement déséquilibrés*, op.cit. p.413

¹⁸¹ Sur la question, V. G. SMORTO, « La justice contractuelle », R.I.D.C. 3-2008, pp. 583-602. Cité par I.SECK, Ibid. p.413

¹⁸² Sur ce point V. article 81 et s. de la loi 2021-25

¹⁸³ G. J. VIRASSAMY, *Les CONTRATS DE DEPENDANCE*, essai sur les activités professionnelles exercées dans une DEPENDANCE ECONOMIQUE, THESE, LGDJ, COLL. DROIT PRIVE, 1986 cité par I.SECK, Ibid. p.413

¹⁸⁴ La pratique révèle que les contrats d'affaires sont des contrats d'adhésion; sur ce point V. G. DEREUX, « De la nature juridique des contrats d'adhésion », RTD. Civ., 1910, p.503 et s. cité par I.SECK Ibid. p.413

¹⁸⁵ A. RIEG, *Contrat type et contrat d'adhésion*, Trav. Inst. Droit comparé Paris, 1970, *Etudes de droit contemporain*, p. 105 ; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, n°97, p.77 : « adhésion à un contrat type qui est rédigé unilatéralement par l'une des parties et auquel l'autre adhère sans possibilité réelle de le modifier ». cité par I.SECK, Ibid. p.413

¹⁸⁶ C'est l'abus qui doit être sanctionné dans les contrats d'adhésion. En effet, pour un auteur : « L'adhésion est un critère de protection erroné car les caractéristiques juridiques qui président à sa définition ne recouvrent pas forcément des hypothèses d'inégalités de puissance économique. Ainsi, il peut y avoir contrat d'adhésion sans que systématiquement il y ait déséquilibre de puissance économique entre les parties. De plus, il se peut que les parties à un contrat d'adhésion présentent un déséquilibre de puissance économique sans qu'il soit nécessaire

Dans ce contexte, les contrats d'adhésion, où une partie impose des conditions générales de manière unilatérale, sans possibilité réelle pour l'autre partie de négocier, représentent une préoccupation centrale du législateur. L'intervention législative vise donc à corriger les déséquilibres structurels dans ces contrats, où la partie économiquement faible, souvent le consommateur ou un partenaire en position de dépendance, se trouve contrainte d'accepter des clauses préétablies. Cela peut donner lieu à des abus de puissance économique, notamment par l'imposition de clauses limitant la responsabilité¹⁸⁷, augmentant de manière disproportionnée les obligations, ou restreignant les droits de la partie faible. Pour contrer ces situations, le législateur impose des exigences visant à rétablir une certaine symétrie contractuelle. Par exemple, l'obligation de bonne foi dans la négociation¹⁸⁸, la formation et l'exécution du contrat constituent un principe directeur du droit des contrats, permettant de renforcer l'équité et d'éviter les abus. En vertu de cette obligation, les parties doivent se comporter de manière honnête et loyale, ce qui limite la possibilité de tirer parti d'une position dominante de manière injuste.

En outre, des obligations d'information spécifiques sont imposées par la loi, obligeant la partie en position de force à divulguer toutes les informations essentielles pour permettre à la partie faible de consentir de manière éclairée. L'égalité formelle n'est donc plus suffisante, il faut un effectif et égal accès à l'information et donc à la connaissance. Et c'est le cocontractant qui est en quelque sorte responsable d'assurer cette égalité effective dans l'information à son partenaire. L'obligation d'information va donc, d'abord, servir à gommer les « inégalités des conditions économiques ou techniques ¹⁸⁹ ». Cette transparence vise à réduire l'asymétrie d'information qui caractérise souvent les contrats d'adhésion. À titre d'illustration, le législateur peut imposer la communication préalable de certaines clauses ou conditions, empêcher l'insertion de clauses cachées ou ambiguës, et s'assurer que les termes du contrat sont compris par la partie la plus vulnérable. C'est dans ce sens que D. MAZEAUD affirme : « *Les négociateurs doivent informer promptement et complètement leurs interlocuteurs sur tous les éléments dont dépend le sort de la négociation contractuelle* »¹⁹⁰.

d'assurer une protection du contractant en situation de faiblesse » : J.-P. CHAZAL, De la puissance économique en droit des obligations, op. cit., p. 186 et s. cité par I. SECK, in « *La protection de la partie faible dans les contrats structurellement déséquilibrés* », op.cit. p.413

¹⁸⁷ Clauses pourtant interdites sur ce point V. la loi 2021-25 sur les prix et la protection du consommateur

¹⁸⁸ Sur ce point Ph. STOFFEL-MUNCK, « Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain », PUAM, 1994, no 157).

¹⁸⁹ J. Mestre, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD civ. 1986, p. 100.

¹⁹⁰ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in Mélanges TERRÉ, Op.cit. pp.603 et s.

Dès lors, la régulation des contrats d'adhésion démontre que l'action législative ne se borne pas à fixer des interdictions, mais cherche également à instaurer des conditions équitables dans les relations contractuelles. Cela confère une dimension dynamique au droit des contrats, en adaptant les règles à l'évolution des pratiques économiques et aux besoins de protection des parties faibles, tout en tenant compte des impératifs de prévisibilité et de sécurité juridique. Le législateur, par ses interventions, agit comme un garant d'un équilibre contractuel qui dépasse la simple liberté de négociation pour mieux protéger l'équité des engagements pris.

B- L'intervention du législateur dans l'exécution et la modification du contrat

Le législateur intervient également dans l'exécution et la modification des contrats pour tenir compte des évolutions économiques et sociales. Cette intervention vise à éviter que les contrats ne deviennent excessivement déséquilibrés ou contraires à l'intérêt général. Elle s'exprime à travers l'introduction de règles sur la révision des contrats en cas d'imprévision, permettant de maintenir les obligations en fonction des circonstances nouvelles (1), ainsi que par la mise en place de règles d'ordre public qui s'imposent aux parties pour garantir le respect des valeurs fondamentales et l'intérêt collectif (2).

1- Le maintien des obligations des parties garantissant l'équilibre contractuel

Le rejet de la théorie de l'imprévision a suscité des débats au sein de la doctrine, qui n'a pas été unanime sur la question. De nombreux éléments plaident en faveur de la reconnaissance de l'incomplétude du contrat, soulignant qu'un contrat ne peut pas tout prévoir, notamment en cas de changements imprévisibles des circonstances. La théorie générale du contrat a connu des évolutions significatives, reflétant une prise de conscience de la nécessité d'adapter les engagements contractuels aux réalités économiques et sociales.

Le COCC n'a pas consacré l'imprévision de même que le code civil qui n'admettait pas la théorie de l'imprévision c'est-à-dire qu'il refusait à la partie ainsi mise en difficulté le droit d'obtenir du juge la modification des prestations initialement convenues¹⁹¹. C'est l'une des grandes nouveautés de l'ordonnance du 10 février 2016 que d'admettre désormais un régime juridique de l'imprévision qui ouvre la porte à l'intervention du juge pour rétablir l'équilibre rompu par la modification des circonstances économiques¹⁹². Ainsi, l'adoption de l'ordonnance a marqué un tournant significatif dans le droit des contrats en France en introduisant la possibilité de réviser les contrats en cas d'imprévision. Auparavant, le droit

¹⁹¹ De plus elle n'a pas le droit de modifier unilatéralement le contrat. Paris, 28 jan. 2009, RTD civ. 2009, 529, obs. B.FAGES, qui rappelle qu'une partie à un contrat ne peut modifier unilatéralement les conditions contractuelles initiales, serait-ce au motif d'un changement de circonstances économiques » cité par M. FABRE MAGNAN, , Droit des obligations Tome 1 Contrat et engagement unilatéral. Op.cit. p.555

¹⁹² M. FABRE MAGNAN, Ibid. p.555

civil, fidèle au principe de la force obligatoire des contrats et à l'intangibilité des conventions, refusait toute adaptation judiciaire des prestations en cas de bouleversement imprévisible des circonstances¹⁹³. Cette position stricte signifiait que les parties étaient tenues d'exécuter leurs obligations telles que prévues initialement, même si un événement imprévu rendait cette exécution excessivement onéreuse pour l'une d'entre elles.

Désormais, l'article 1195 du Code civil consacre la théorie de l'imprévision, permettant à une partie de demander une renégociation du contrat si un changement de circonstances, imprévisible lors de la conclusion du contrat, rend son exécution particulièrement onéreuse. Cette renégociation doit être teintée de bonne foi, et en cas d'échec, la partie concernée peut saisir le juge pour adapter le contrat ou y mettre fin. Ce dispositif a pour but de préserver l'équilibre contractuel en tenant compte des aléas économiques qui peuvent profondément modifier les conditions initiales du contrat. L'imprévision aurait alors sa place au sein du système et serait même de l'essence de l'accord, permettant de compléter cette volonté défaillante dans l'objectif du maintien du lien contractuel¹⁹⁴. Aujourd'hui, le contenu contractuel peut être évolutif, et ne serait plus figé au moment de la rencontre des volontés. Le juge pourrait intervenir directement dans le contrat, ou il pourrait être demandé aux parties elles-mêmes de modifier leur accord. Le contrat est alors perçu de manière dynamique¹⁹⁵.

Cette évolution juridique se justifie par la nécessité de prendre en considération les réalités économiques changeantes et de prévenir les injustices flagrantes qui pourraient découler d'une rigidité contractuelle excessive. En permettant au juge d'intervenir pour modifier ou mettre fin à un contrat lorsque les parties ne parviennent pas à s'accorder sur une solution, le législateur introduit un mécanisme de flexibilité visant à garantir que le contrat demeure équitable et adapté aux circonstances économiques nouvelles. Ce régime d'imprévision marque un compromis entre la stabilité contractuelle et la justice contractuelle. Il vise à éviter que l'exécution d'un contrat devienne une contrainte insupportable pour l'une des parties, tout en préservant le respect des engagements pris dans la mesure du possible. Ce dispositif s'inscrit également dans une perspective de bonne foi et de coopération entre les parties, les incitant à privilégier une solution à l'amiable avant de recourir au juge.

¹⁹³ Position de l'arrêt du Canal de Craponne du 6 mars 1876

¹⁹⁴ A. VIAUD, *Contrat et imprévision : approche comparée*, Op.cit. p.34

¹⁹⁵ Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, coll. Dalloz Action, Paris, Dalloz, 2010, p. 998 et s. cité par A. VIAUD, *Ibid.* p.34

Il convient de souligner que l'introduction de l'imprévision ne dénature pas totalement le principe de la force obligatoire des contrats. Ce mécanisme n'est pas automatique et reste conditionné à un changement imprévisible des circonstances, à l'échec d'une renégociation de bonne foi, et à une intervention judiciaire uniquement en dernier recours. Ainsi, le régime de l'imprévision introduit une souplesse mesurée dans le droit des contrats, tout en maintenant un équilibre entre la sécurité juridique et l'adaptabilité des engagements contractuels aux évolutions du contexte économique.

2- Les règles d'ordre public

La recherche de l'équilibre contractuel afin de pouvoir protéger la partie a poussé le législateur à consacrer des standards juridiques de comportement au rang desquels l'on peut citer « la bonne foi », « la loyauté », « ordre public et bonnes mœurs », « le raisonnable ». Ces notions jouent un rôle déterminant dans la protection de la partie faible¹⁹⁶ au contrat. Ce qui va nous intéresser ici c'est l'ordre public. La notion d'ordre public est présente dans le droit positif sénégalais¹⁹⁷. En réalité, la conformité à l'ordre public est posée par le législateur en vue de sanctionner tout agissement qui contrarierait l'équilibre social comme nous l'avons vu à la lecture de l'article 42 du COCC.

Ainsi, le législateur intervient pour protéger la partie la plus faible au moyen de dispositions impératives dans de nombreux domaines tels que le droit du travail, le droit des assurances, le droit de la consommation entre autres¹⁹⁸. Dans le domaine du droit du travail, par exemple, les dispositions impératives visent à empêcher les employeurs de recourir à des clauses abusives, en garantissant des conditions minimales de sécurité, de rémunération et de respect des droits des travailleurs¹⁹⁹. Dans le droit des assurances²⁰⁰, des dispositions similaires empêchent les assureurs d'imposer des clauses léonines aux assurés, tout comme dans le droit de la consommation²⁰¹, où les consommateurs sont protégés contre les pratiques déloyales ou abusives des professionnels.

L'article 42 du COCC du Sénégal illustre cette exigence de conformité des contrats à l'ordre public. Il prévoit que tout contrat qui contrevient aux normes d'ordre public est frappé de nullité ou peut être modifié par l'intervention du juge. Cela signifie que le législateur impose

¹⁹⁶ I. SECK, in *La protection de la partie faible dans les contrats structurellement déséquilibrés*, op.cit. p.427

¹⁹⁷ On fait allusion à l'article 42 du COCC

¹⁹⁸ L. CADIET, *la justice contractuelle, l'autre*, op.cit. p.181

¹⁹⁹ V. article L.35 de la LOI N° 97-17 DU 1er DÉCEMBRE 1997 PORTANT CODE DU TRAVAIL DE LA RÉPUBLIQUE DU SÉNÉGAL

²⁰⁰ V. article 20 de la CIMA - Annexe au Traité instituant la Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances (CIMA) du 10 juillet 1992.

²⁰¹ V. supra

un cadre minimal de respect des droits des parties, interdisant les stipulations qui auraient pour effet de rompre l'équilibre social et d'exploiter la faiblesse d'une partie.

Mais cette consécration n'est pas seulement valable au niveau national. En effet, la protection du contractant en situation de faiblesse économique apparaît à travers la consécration par le législateur communautaire de l'ordre public de protection²⁰² dans les contrats commerciaux²⁰³. Il va sans dire que l'ordre public économique participe à la protection de la partie faible²⁰⁴. En effet, au-delà d'assurer un équilibre contractuel, il permet d'éviter les comportements abusifs des parties au contrat²⁰⁵. Explicitement, l'ordre public économique, en tant que concept, vise à préserver l'équilibre non seulement dans les relations contractuelles internes mais aussi au niveau des échanges commerciaux au sein de la communauté régionale. Le législateur communautaire, à travers des dispositions impératives, consacre l'ordre public de protection, en particulier pour les contractants en situation de faiblesse économique face à de grandes entreprises ou à des acteurs puissants du marché. Ce cadre vise à prévenir les abus de position dominante, à limiter l'usage de clauses déséquilibrées²⁰⁶ et à garantir un environnement contractuel plus équitable.

A cet effet, l'ordre public ne se limite pas à sanctionner des comportements contractuels individuels, il joue aussi un rôle préventif, en établissant des normes qui incitent les parties à respecter des principes fondamentaux de justice, de loyauté et de bonne foi. Il oblige les contractants à respecter des standards éthiques et juridiques, évitant par là-même les abus de pouvoir économique et les déséquilibres excessifs. Cette intervention préventive, conjuguée à la sanction des comportements contraires à l'ordre public, contribue à asseoir un cadre contractuel plus juste et à renforcer la confiance dans les échanges économiques.

²⁰² V. D. LEKEBE OMOUALI, « La vulnérabilité des parties dans les contrats consacrés par l'Acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général », in *Les Annales Africaines*, Janvier 2019, n° Spécial, pp. 277 à 307. Cité par , I.SECK in *La protection de la partie faible dans les contrats structurellement déséquilibrés*, op.cit. p.416

²⁰³ V. A. P. SANTOS et J. Y. TOE, OHADA, *Droit commercial général*, Coll. droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 166 et s. Cité par , I.SECK Ibid. p.416

²⁰⁴ A. KANTE, *L'ordre public économique dans un pays en développement : l'exemple du Sénégal*, Thèse d'Etat, UCAD, 1998, pp. 6 et s. Cité par , I.SECK Ibid. p.416

²⁰⁵ V. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Thèse, LGDJ-Montchrestien, 2004, pp. 188 et s. Cité par , I.SECK Ibid. p.416

²⁰⁶ Sur ce point V. I.SECK, Ibid. p.407 et s.

Section 2 : le changement d'orientation du contrat

Le droit des contrats a connu une évolution importante marquée par un changement d'orientation dans la manière dont les relations contractuelles sont envisagées et protégées. Cette évolution se caractérise par un mouvement vers une objectivisation accrue du contrat (paragraphe 1), d'une part, et par la recherche d'une plus grande stabilité contractuelle (paragraphe 2), d'autre part.

Paragraphe 1 : Vers une objectivisation du contrat

La tendance vers l'objectivisation du contrat traduit une approche où les engagements ne se limitent plus seulement à la volonté subjective des parties, mais intègrent des standards objectifs de comportement (A), tels que la bonne foi et la loyauté, ainsi que des normes d'ordre public dont la montée en puissance se fait sentir (B).

A- L'intégration de standards juridiques objectifs

L'objectivisation du contrat repose en partie sur l'intégration de standards de comportement qui viennent encadrer les relations contractuelles, assurant ainsi une certaine justice et prévisibilité dans les engagements. Parmi ces standards, la bonne foi (1) occupe une place prépondérante : elle s'impose à toutes les phases du contrat partant de la négociation à l'exécution, et vise à garantir un comportement honnête et loyal des parties. À cela s'ajoute l'obligation de transparence (2), qui impose aux contractants de fournir les informations essentielles, et l'obligation de loyauté, qui prévient les comportements abusifs ou déloyaux

1- La bonne foi comme principe directeur des contrats

À l'origine, la bonne foi se présentait comme un substitut aux garanties de sécurité et d'exécution autrefois assurées par des exigences formelles. Autrement dit, elle offrait un assouplissement des rigueurs du système juridique de l'époque, une fonction qu'elle continue d'exercer aujourd'hui. Par ailleurs, l'expression « bonne foi » suscite des interrogations en raison de son caractère singulier. En réalité, ce terme est polysémique et son utilisation, au-delà du domaine du droit des contrats, témoigne d'une pluralité de significations. Ainsi, la bonne foi visée dans l'usucapion ou dans le cadre du mariage putatif renvoie à l'ignorance légitime d'un fait : c'est une bonne foi²⁰⁷ statique, qui vise simplement à protéger l'ignorant dès lors que cette ignorance n'est pas fautive. L'ignorant bénéficiera d'une prime à la bonne foi. Dès lors, il ne s'agit plus de donner une prime à la bonne foi mais plutôt de sanctionner la mauvaise foi, ce qui revient à réprimer les abus de prérogatives contractuelles ou les comportements abusifs.

²⁰⁷ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op.cit. p.613.

Par ailleurs, la multiplicité des rôles de la bonne foi en droit des contrats justifie également une approche plurielle. En effet, la bonne foi se manifeste comme une obligation de comportement qui s'ajoute à l'obligation économique recherchée par les parties, comme en témoigne clairement l'article 1135 du Code civil. Le professeur Ancel, dans son article *Force obligatoire et contenu obligation du contrat*, a démontré de manière éclairante que le contrat comporte, outre des obligations spécifiques, des devoirs de comportement qui précèdent et influencent l'exécution contractuelle. Par ailleurs, la notion de bonne foi connaît un large succès, tant en droit interne qu'international²⁰⁸, ainsi que dans les diverses branches du droit. Elle a ainsi engendré un nombre considérable d'obligations et de normes de comportement qui traversent le contrat, de sa formation jusqu'à son extinction, voire au-delà. Ainsi un auteur a pu souligner dans ce sens que le contrat est avant tout « *un partenariat, une coopération, une collaboration, voire une association de deux volontés orientées vers une fin* »²⁰⁹. Certains font relever du principe de bonne foi les obligations de comportement exigeantes dénotant un certain altruisme. Ils « *développent, au nom de la bonne foi, une morale contractuelle autrement plus exigeante et dynamique (...) [imposant] un certain dépassement contractuel qui s'exprimerait par des devoirs de solidarité et de fraternité à la charge des contractants* »²¹⁰.

Alors, la bonne foi demeure le support de nombreuses obligations, répondant le plus souvent à l'exigence de moralisation des rapports contractuels. Ce principe tend donc à préserver l'équilibre contractuel en imposant des obligations de comportement qui complètent les obligations économiques des parties. En outre, la bonne foi constitue un garde-fou contre les comportements abusifs et les pratiques déloyales, contribuant ainsi à une justice contractuelle qui transcende la simple lettre du contrat. En ce sens, elle oriente et encadre le contenu des engagements pris par les parties, apportant une dimension éthique et relationnelle à la sphère contractuelle.

2- L'imposition des obligations de transparence et de loyauté

La loyauté n'a pas fait l'objet de définition légale dans le dispositif sénégalais mais demeure un principe directeur affilié à la bonne foi afin de garantir l'équilibre contractuel entre les parties. D'ailleurs la doctrine montre à tel point il est difficile de donner une notion de ce

²⁰⁸ Article 237 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général dispose : « *la vente commerciale est soumise est soumise aux règles de droit commun des contrats et de la vente qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent livre. Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de bonne foi. Elles peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée* »

²⁰⁹ I. Y. NDIAYE, « *Leçon inaugurale : Le COCC, cinquante ans après (regard furtif)* », le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après, op.cit, p. 33

²¹⁰ D. MAZEAUD, Ibid. p.617.

terme. Pour s'en convaincre M. Ancel a mis en lumière dans un article majeur, ces incertitudes quant à la notion d'obligation de loyauté qui ne peut en substance porter atteinte au sacrosaint de la formation, mais à la dimension obligatoire de la convention²¹¹. L'auteur lie la bonne foi à la force obligatoire du contrat et souligne : « *que si le créancier se comporte d'une manière contraire à la bonne foi, il ne manque pas à proprement parler à une obligation née du contrat, mais il méconnaît la force obligatoire du contrat* » ce qui sous-entend que le contractant s'engage de façon globale dans le contrat. Un autre auteur, M. Jean Luc Aubert, partage cette idée en mettant l'accent plus principalement sur l'exécution et sur l'engagement global lorsqu'il écrit : « *Si la création d'obligations est le propre du contrat, celui-ci ne se limite pas à cet effet ponctuel, créateur d'obligations dans l'instant : il engage de façon globale, celui qui le souscrit*²¹²».

En outre, un auteur soulignait : « *la liberté contractuelle ne doit pas, ou plus se résumer à vouloir s'engager ; elle doit être accouplée avec pleine conscience de devoir agir ou de s'abstenir, mais en se comportant en toute loyauté non seulement à l'égard de celui avec lequel on contracte (...), elle-même admise lors des négociations entre potentiels contractants* »²¹³. Ce qui revient à dire que la liberté de contracter s'accompagne d'une exigence de loyauté qui imprègne toutes les phases du processus contractuel, consolidant ainsi la confiance entre les parties et le respect des engagements pris. Cette réflexion met en évidence la nécessité de concevoir la liberté contractuelle non pas comme une simple capacité d'expression de volonté, mais comme une responsabilité engageant pleinement le comportement des parties tout au long du processus contractuel. La loyauté, au-delà de l'exécution des obligations, devient un pilier essentiel de la relation contractuelle dès la phase de négociation. Cela signifie que les parties doivent se comporter de manière transparente, honnête et respectueuse des attentes légitimes de l'autre partie, évitant toute manœuvre dolosive ou tout abus de pouvoir.

En outre, ce principe de loyauté s'étend même aux étapes précontractuelles, où l'attitude des parties peut déjà façonner l'équilibre et la stabilité future du contrat. L'exigence de loyauté oblige les parties à ne pas tromper ou exploiter la vulnérabilité de l'autre lors de la conclusion d'un contrat, rendant ainsi l'exercice de la liberté contractuelle compatible avec la recherche d'une justice contractuelle. Dès lors, lors de l'exécution du contrat, les obligations seront

²¹¹ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », RTD civ. 1999. Cité par S. VAN HAECKE-LEPIC, La distinction entre la formation et l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat dans le temps, op.cit. p.173

²¹² J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique, Sirey, 14e éd., 2010, n° 410 p.97 cité par S. VAN HAECKE-LEPIC, Ibid. p.174

²¹³ I. Y. NDIAYE, « Leçon inaugurale : Le COCC, cinquante ans après (regard furtif) », op.cit. p. 31.

imposées aux parties mais il reste à préciser que « *les effets obligatoires du contrat n'incluent plus seulement les obligations voulues par les parties mais aussi celles greffées à l'acte par la loi ou par le juge ; ainsi englobe-t-il aujourd'hui des obligations de sécurité, d'information, et autres obligations de conseil, de coopération, de loyauté, jadis ignorées*²¹⁴ (...) ».

De plus, la mise en œuvre de ce principe sert à protéger la partie la plus faible et à renforcer la confiance dans les relations contractuelles. Cela justifie l'intervention du juge pour sanctionner des comportements déloyaux ou contraires à l'esprit du contrat. En ce sens, la liberté contractuelle n'est plus un simple espace d'autonomie des volontés, mais un cadre exigeant dans lequel les droits et obligations doivent être exercés en toute bonne foi²¹⁵ et dans le respect des standards éthiques et juridiques établis par la loi et la jurisprudence. Cette conception modernisée permet de concilier la liberté d'engagement avec des impératifs d'équité et de prévisibilité, répondant ainsi aux évolutions économiques et sociales contemporaines.

B- L'importance de l'ordre public dans le contrat

Face aux inégalités économiques et aux déséquilibres potentiels entre contractants, le législateur a progressivement instauré des normes impératives visant à protéger les parties les plus vulnérables et à encadrer les pratiques contractuelles. Ces normes, qui se manifestent notamment par l'ordre public de protection (1) et l'ordre public économique (2), jouent un rôle important dans la régulation des relations contractuelles.

1- Le rôle de l'ordre public de protection dans les contrats

Le doyen CARBONNIER disait : « *les actes juridiques n'agissent sur le monde extérieur que par le bras de la loi*²¹⁶ ». Cette assertion de cet auteur souligne le rôle fondamental de la loi dans la régulation et la concrétisation des actes juridiques. Autrement dit, bien que les parties puissent s'engager librement et définir le contenu de leurs obligations, c'est la loi qui confère une force exécutoire à leurs engagements. Cette dépendance à la loi met en lumière l'interconnexion entre la volonté des parties et le cadre juridique qui les entoure, encadrant et garantissant les effets de leurs engagements sur la sphère sociale. Cela rappelle bien évidemment le déclin de la théorie de l'autonomie de la volonté à cause de l'émergence d'autres fondements tel que le développement de l'ordre public. Le « bras de la loi » pour

²¹⁴ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats », op. cit. p.363

²¹⁵ Selon le lexique des termes juridiques : la bonne foi est synonyme de loyauté dans la conclusion et l'exécution des actes juridiques. Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi, exigence d'ordre public. Lexique des termes juridiques 2017-2018, Dalloz

²¹⁶ J. CARBONNIER, Droit civil, t. 2, Les biens, Les obligations, PUF, coll. Quadriges, 1ère éd., 2004, n°1073 p.194, cité par L. MARIGNOL, La prévisibilité en droit des contrats, op.cit. p.257

reprendre le doyen CARBONNIER, agit non seulement comme un protecteur des engagements contractuels, mais également comme un régulateur, veillant à ce que les conventions ne dérogent pas aux principes fondamentaux tels que l'ordre public ou la bonne foi. Cette réflexion rappelle que la liberté contractuelle, bien qu'essentielle, trouve toujours ses limites dans le cadre légal, qui en garantit à la fois la sécurité et la justice.

Rappelons-nous de la définition de l'article 42 du COCC qui évoque en effet, que contracter, ce n'est pas seulement vouloir, c'est aussi employer un instrument forgé par le droit²¹⁷; l'accord de volontés ne produit des effets de droit que parce que le droit objectif lui reconnaît un tel pouvoir et dans les limites définies par celui-ci. Et l'on sait la multiplication de ces limites, au gré du développement de l'ordre public. Le contrat, pour déployer valablement et efficacement ses effets doit donc se plier aux contraintes de tous ordres qui émanent de l'ordre juridique. Ce dernier peut en imposer la conclusion, en façonner ou en modifier le contenu, voire favoriser sa disparition²¹⁸. En guise d'exemple nous pouvons donner celui de la loi sur les prix et la protection du consommateur qui constituerait, quant à elle, l'archétype d'une loi relevant de l'ordre public de protection.

En effet, la violation de ses dispositions donne ouverture à des sanctions relatives non seulement au contrat liant le professionnel au consommateur²¹⁹ mais aussi à la partie pénalement responsable²²⁰. A cet effet, les contractants créent du droit à savoir les obligations qu'ils élaborent et auxquelles ils consentent librement, dans la seule mesure où le législateur leur donne ce pouvoir, celui-ci tenant lui-même son pouvoir de la norme suprême établie par le constituant. Pour autant, le postulat libéral d'autonomie de la volonté peut être récusé : les contractants n'ont en effet, à travers l'article 1103 du Code civil qu'un pouvoir délégué de créer les normes juridiques qu'ils s'appliquent à eux-mêmes par le mécanisme contractuel. La liberté contractuelle que consacre l'article 1102 ne joue en effet que dans les limites tracées par l'ordre public²²¹.

Ainsi, l'ordre public de protection dans les contrats vise à protéger les parties les plus faibles ou vulnérables face à des déséquilibres potentiels inhérents à certaines relations contractuelles. Contrairement à l'ordre public classique, qui impose des normes de conduite générale, l'ordre public de protection a pour objectif d'introduire des règles spécifiques afin de

²¹⁷ C. THIBIERGE, « Libres propos sur les transformations du droit des contrats », op. cit., p.362

²¹⁸ Ibid. p.362

²¹⁹ V. article 19 de loi 2021-25 sur les prix et la protection des consommateurs

²²⁰ V. article 81 et s. de la loi 2021-25 sur les prix et la protection des consommateurs

²²¹ V. L. MARIGNOL, La prévisibilité en droit des contrats, op.cit. p. 257

rétablir l'équité au sein des relations contractuelles. C'est pourquoi l'ordre public de protection impose des règles impératives dans des domaines tels que le droit du travail, le droit de la consommation ou les contrats d'adhésion, afin de garantir l'équité entre les parties et de prévenir les abus de position dominante.

2- Le rôle de l'ordre public économique dans le contrat

L'ordre public économique a pour mission de réguler et d'encadrer les relations contractuelles pour prévenir les abus et les déséquilibres structurels pouvant émerger au sein du marché. Contrairement à l'ordre public de protection qui cible spécifiquement la partie faible, l'ordre public économique s'intéresse à la régulation de pratiques commerciales déloyales ou de déséquilibres contractuels susceptibles de compromettre l'équilibre des forces en présence ou d'affecter l'économie en général. En effet, le législateur intervient dans ce cadre pour imposer des règles visant à garantir une concurrence équitable, éviter les abus de position dominante et lutter contre les pratiques restrictives de concurrence. Par exemple, certaines clauses peuvent être jugées nulles²²² si elles créent un déséquilibre significatif²²³ entre les obligations des parties ou si elles exploitent la dépendance économique²²⁴ de l'une des parties contractantes. Ces interventions permettent de neutraliser les pratiques contractuelles inéquitable, telles que les clauses léonines ou abusives qui pourraient fausser l'économie des contrats. En outre, l'ordre public économique assure ainsi une régulation contractuelle qui transcende les intérêts individuels pour protéger l'intérêt général et la stabilité du marché. En imposant des limitations aux pratiques contractuelles²²⁵, il œuvre pour maintenir un équilibre entre les libertés économiques des contractants et la nécessité d'une justice contractuelle qui préserve la concurrence et protège les acteurs les plus vulnérables de l'économie.

De surcroît, l'ordre public économique et social a connu une forte expansion au cours du 20^e siècle²²⁶. Il s'agit principalement d'un ordre public textuel, s'appuyant sur un vaste ensemble de lois et règlements. Dans cette optique, la majorité des textes qui ont été étudiés, relèvent de cet ordre public, bien que seuls ceux influençant directement l'équilibre interne du contrat

²²² Loi 2021-25 sur les prix et la protection du consommateur

²²³ Sur ce point voir : I. SECK, in *La protection de la partie faible dans les contrats structurellement déséquilibrés*, op.cit. p.407 et s.

²²⁴ Parler des contrats structurellement déséquilibrés revient à mettre l'accent sur les contrats de dépendance économiques au rang desquels l'on peut, entre autres, citer le contrat de concession commerciale, le contrat de franchise, le contrat de joint-venture . Il s'agit en réalité des contrats de distribution. I. SECK, in *La protection de la partie faible dans les contrats structurellement déséquilibrés*, op.cit. p.411.

²²⁵ Article 66 et s. de la loi 2021-25 sur les prix et la protection du consommateur

²²⁶ Sur ce point G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », dans *Mélanges Gény*, 1934, p. 374. G. FARJAT a ensuite consacré à l'étude de l'ordre public économique sa thèse de doctorat, demeurée célèbre : G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, L.G.D.J., 1963.

aient été retenus. En outre, cet ordre public intervient également dans le cadre des abus contractuels, notamment pour neutraliser les clauses interdites, en remettant les parties dans une situation d'équilibre initial²²⁷. D'ailleurs la notion d' « abus » est loin de faire l'unanimité et, dès l'origine, deux conceptions extrêmes de l'abus ont été avancées, la première « individualiste, restrictive, à laquelle on attache habituellement le nom de Ripert, mais dont on trouve une première expression chez SALEILLES, lequel définit l'abus comme un « acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit » (...). À l'opposé la conception, présentée comme “socialisante” initiée par Josserand (...) attribue aux droits une certaine fonction sociale, l'abus étant constitué par le détournement de cette fonction, de cette finalité, de cet esprit »²²⁸.

En effet, le terme « abus » ne peut être dissocié de l'ordre public économique en raison de la nature même de ce dernier, qui vise à réguler les pratiques contractuelles et économiques pour garantir un équilibre et une justice dans les rapports de force entre les acteurs du marché. L'ordre public économique se concentre sur la prévention et la sanction des comportements abusifs qui faussent le jeu économique et qui portent atteinte à l'équilibre des contrats ou des relations de marché. Ces comportements peuvent inclure des abus de position dominante, des clauses abusives ou des pratiques commerciales déloyales.

Paragraphe 2 : Vers une stabilisation du contrat

Il est indéniable que la stabilité du contrat, en tant qu'acte visant à maîtriser l'avenir, fait partie intégrante de sa nature même. La sécurité juridique contribue à instaurer une relation de confiance entre les parties (A) et, plus largement, à garantir l'utilité sociale du contrat. Cependant, cette stabilité ne doit pas être confondue avec une rigidité absolue ; elle nécessite en réalité une certaine flexibilité contractuelle. Par ailleurs, bien que la sécurité juridique soit une aspiration essentielle de la théorie générale du contrat, elle ne constitue pas l'unique priorité. Elle doit être équilibrée par une attention croissante portée à la justice contractuelle (B).

²²⁷ Statu quo ante comme nous disons dans le jargon juridique

²²⁸ V. le Décret n°78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services : ce décret français a pour objet de mettre en œuvre les dispositions du chapitre IV de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relative à la protection et à l'information des consommateurs de produits et services. Il vise à protéger les consommateurs contre les clauses abusives dans les contrats de vente conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs.

A- Une sécurité contractuelle garante de stabilité

La sécurité juridique repose sur la capacité des contractants à anticiper les effets de leurs engagements sur le long terme. Cela implique que les contrats doivent être respectés selon les termes prévus, tout en ayant capacité d'adaptabilité. Dès lors nous sommes passé d'une intangibilité absolue à une possible adaptabilité des termes du contrat ce qui a métamorphosé l'image que nous avons du contrat aujourd'hui (1). Cette transition reflète une évolution vers une plus grande souplesse contractuelle, permettant aux parties d'ajuster leurs engagements face à des circonstances imprévues, tout en préservant la stabilité des relations contractuelles (2).

1- Le changement de l'image du contrat

Historiquement, le contrat était considéré comme intangible, fondé sur la volonté des parties et sur le principe selon lequel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites²²⁹. Cette conception stricte conférait une stabilité absolue aux engagements contractuels, excluant toute possibilité de modification²³⁰, sauf accord mutuel des parties. Cela renforçait la sécurité juridique mais limitait l'adaptabilité des contrats face à des changements imprévus.

D'après Catherine THIBIERGE, c'est la portée du principe de force obligatoire qui est ici en question. Or on sait qu'un principe juridique doit recevoir toute la portée que commande son fondement. C'est donc aux fondements mêmes moral, philosophico-juridique et économique du principe qu'il convient de remonter. Et si les fondements ont changé, par contrecoup la portée du principe de force obligatoire s'en trouve elle aussi métamorphosée. Leur évolution semble en effet à même de donner une autre lecture du principe qu'ils sous-tendent²³¹. L'assouplissement et la diversification des fondements du principe de force obligatoire du contrat entraînent plusieurs conséquences importantes. Ainsi, des solutions qui semblaient constituer des atteintes à une force obligatoire absolue peuvent désormais être perçues comme des expressions d'une force obligatoire relative, soumise au droit objectif et guidée par des principes supérieurs, tels que la recherche d'une utilité concrète et réciproque, de justice, voire de fraternité contractuelle. En ce sens, le contrat n'est contraignant que dans la mesure où il respecte ces valeurs. L'annulation d'une clause abusive ou la réduction d'honoraires ou d'une clause pénale manifestement excessive ne constituent que des applications du principe de force obligatoire, réinterprété à la lumière de ces aspirations supérieures. Dans cette

²²⁹ V. article 96 du COCC

²³⁰ C. THIBIERGE, « Libres propos sur les transformations du droit des contrats », op. cit., p.364.

²³¹ Ibid. p.364.

perspective, le pouvoir du juge de modifier le contrat pour qu'il soit conforme à ces principes s'inscrit pleinement dans l'évolution de la théorie générale du contrat²³².

Alors, cette évolution du principe de force obligatoire du contrat reflète un changement de paradigme, où l'idée de stabilité absolue cède la place à une souplesse contractuelle qui permet de mieux répondre aux réalités économiques et sociales contemporaines. Le contrat n'est plus perçu comme un simple moyen de formaliser des engagements fixes, mais comme un outil vivant, capable de s'adapter aux circonstances nouvelles. Cette approche permet de concilier la nécessité de respecter les engagements pris avec la reconnaissance des situations imprévues qui peuvent altérer l'équilibre contractuel. En effet, l'image du contrat lui-même qui s'est métamorphosée ; le contrat n'est plus vraiment ce qu'il était. Demogue déjà n'en disait-il pas « le contrat qui est chose vivante ne peut être absolument rigide. Vivre c'est se transformer en restant dans une certaine direction générale »²³³. La nouvelle physionomie du contrat telle qu'elle résulte de l'évolution législative, jurisprudentielle et pratique modifie en profondeur la représentation classique du contrat . Ainsi, le contrat apparaît aujourd'hui à la fois comme un lien entre les parties dont il est l'œuvre commune, et comme une entité contractuelle constituée d'un ensemble de droits et d'obligations, potentiellement cessible, qui s'insère dans un ordre juridique avec lequel il est relié. Il en résulte une figure plus complexe, plus mouvante aussi, plus vivante et sensible à toutes sortes de variations, qu'elles soient externes comme celles de la loi applicable dans le temps ou internes comme les changements de situation de l'une des parties²³⁴.

2- De la sécurité statique à une flexisécurité du contrat

Le droit des contrats est actuellement en état de tension, certains diront même de crise. Sur le plan théorique, le dogme de l'autonomie de la volonté, longtemps perçu comme le seul fondement de la force obligatoire des contrats, est de plus en plus contesté. Au cours des dernières décennies, de nombreux auteurs ont proposé des théories alternatives du contrat qui ont pour point commun de substituer à la volonté des parties une certaine forme de « bien commun » qu'il s'agisse de « conciliation du juste et de l'utile »²³⁵, de « contrat relationnel »²³⁶, de « solidarisme contractuel »²³⁷ ou de « moralité contractuelle »²³⁸. Cette flexisécurité

²³² C. THIBIERGE, libres propos sur la transformation du droit des contrats, op.cit. p.365.

²³³ Ibid. p.359

²³⁴ Ibid. p.360

²³⁵ J. GHESTIN, Traité de droit civil, vol. 2, Le contrat : formation, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, pp. 178-214.

²³⁶ J.G. BELLEY, Le contrat entre droit, économie et société : étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1998.

²³⁷ A. BELANGER et Ghislain TABI TABI, « Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement », 2006, p. 47.

du contrat se manifeste sur bien des égards. Au Sénégal, cette évolution du contrat se traduit par l'importance qu'a prise le concept de bonne foi comme principe organisateur du droit privé²³⁹. En outre, il y a encore les innombrables devoirs de conseil ou d'information imaginés dans presque tous les contrats, de la vente à l'entreprise²⁴⁰, en passant par le mandat²⁴¹ et le prêt²⁴². De plus cette flexisécurité est relayée par des lois internationales ou directives communautaires non moins nombreuses et très éparpillées. C'est en ce sens que D. MAZEAUD a pu affirmer : « *le monde des affaires n'est pas exempt d'une certaine éthique voir d'une certaine morale, mais il ne saurait être question d'imposer aux entreprises qui déploient leurs activités dans le commerce international un esprit caritatif ou le sens du sacrifice*²⁴³ ».

Ceci étant dit, la souplesse contractuelle, indispensable pour adapter les contrats aux évolutions des circonstances, est désormais rendue possible grâce à l'évolution des fondements de la théorie générale des contrats. Bien que l'autonomie de la volonté soit en déclin, elle reste un principe central du droit des contrats. Pour de nombreux auteurs, dont MALAURIE, ce dogme a été abandonné. GHESTIN a contesté cette vision, en suggérant de substituer d'autres bases à l'autonomie de la volonté. Il démontre que ce principe est principalement défendu par la doctrine civiliste traditionnelle, qui a été largement critiquée, notamment par les positivistes. Selon GHESTIN, l'autonomie de la volonté ne doit pas être l'unique fondement de la force obligatoire du contrat ; ce dernier est contraignant lorsqu'il est juste et utile²⁴⁴. Les principes de liberté contractuelle, de consensualisme, de force obligatoire et d'effet relatif du contrat ont été élaborés depuis longtemps par la doctrine.

De ce constat, les fondements de la théorie des obligations présentent des imperfections, dont la majeure est le manque de protection des plus faibles. Les fondements de la théorie générale doivent donc évoluer, ce qui a valu certains auteurs dont D. MAZEAUD, Catherine THIBIERGE, Jacques GHESTIN, entre autres, de réfléchir sur l'innovation du droit des contrats et obligations en tenant compte de tous les aspects pouvant faire évoluer ladite discipline. Catherine THIBIERGE énonçait d'ailleurs sur ce point que : « Si le lien

²³⁸ L. ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », 1999, p. 44 R.D. McGill.

²³⁹ V. Article 237 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général.

²⁴⁰ V. Article 435 du COCC.

²⁴¹ V. Article 463 du COCC.

²⁴² V. Article 525 du COCC.

²⁴³ D. MAZEAUD, « *A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'unidroits et de la commission Land* », in mélanges Michel CABRILAC, p. 210.

²⁴⁴ V. J. Ghestin, Traité de droit civil, t. II, Les obligations, le contrat, « l'utile et le juste dans les contrats », 1981, 26 archives de philosophie du droit, p.35, 39.

contractuel devient plus plastique, plus souple, plus adaptable, il devient par là-même moins cassant. » Cette assertion met en lumière l'importance de l'adaptabilité des contrats dans un contexte juridique en évolution. En assouplissant les rigidités du contrat, on permet une meilleure gestion des changements imprévus, évitant ainsi que des circonstances nouvelles ne rendent le contrat caduc ou inapplicable. Cela s'inscrit dans la dynamique d'un droit des contrats plus flexible, capable de répondre aux défis contemporains tout en préservant l'équilibre entre les parties.

Cependant l'adaptabilité ne doit pas entraîner une remise en cause systématique des engagements. Il s'agit de trouver un équilibre entre la sécurité juridique offerte par la stabilité des termes du contrat et la souplesse nécessaire pour gérer les imprévus. L'introduction de mécanismes comme la théorie de l'imprévision et les clauses de renégociation permet ainsi d'ajuster les prestations en cas de circonstances changeantes, tout en garantissant la préservation de l'intention des parties et de l'équilibre contractuel.

B- L'équilibre entre intervention judiciaire et volonté des parties

Le débat sur l'équilibre entre l'intervention judiciaire et la volonté des parties met en lumière les tensions existantes entre la liberté contractuelle et la nécessité de garantir une justice contractuelle. D'un côté, l'autonomie de la volonté permet aux parties de définir librement les termes de leurs engagements, tandis que de l'autre, l'intervention du juge peut être requise pour préserver l'équité et prévenir les abus. Cela a conduit dès lors à évaluer la catégorie des parties aux contrats car le juge y est impliqué (1) car ce dernier est garant de l'équité et de la justice contractuelle (2).

1- L'évolution de la catégorie des parties aux contrats

Le contrat apparaît d'abord comme un lien entre les contractants. Le lien d'obligation qui unit les parties à un contrat jouit d'une vie propre, indépendante de la volonté des personnes qui lui ont donné naissance. En effet, lorsqu'elles se rencontrent les volontés se cristallisent en consentement produisant un accord qui échappe à leur contrôle. La volonté des parties aurait beau évoluer, voire s'inverser, le lien n'en continuerait pas moins à exister et à produire ses effets²⁴⁵. Comme précité traditionnellement, les parties au contrat étaient perçues comme des entités autonomes et égales en droits, ayant la liberté de négocier et de déterminer librement les termes de leur accord. Cependant, cette vision a été largement nuancée à mesure que les inégalités de pouvoir entre les parties ont été reconnues, ainsi que l'impact des évolutions

²⁴⁵ C. THIBIERGE, libres propos sur la transformation du droit des contrats, op.cit. p.360

économiques sur les relations contractuelles. C'est pourquoi le juge est devenu ce qu'on pourrait parler « une troisième partie au contrat²⁴⁶ ».

Pour s'en convaincre, il suffit de mettre en corrélation l'émergence de la bonne foi comme nouveau principe directeur du contrat²⁴⁷ ainsi que le constat des rapports inégalitaires entre les parties au contrat. Même si la théorie générale des contrats a subi peu de modifications depuis la création du Code civil, contrairement aux règles encadrant les contrats spéciaux ; il n'en demeure pas moins que le Code a été bouleversé par les interventions des juges, aussi bien dans le domaine précontractuel, que contractuel. En effet, les juges se sont notamment appuyés sur la notion de bonne foi pour revoir la formation du contrat, comme son exécution, ou encore au moment de sa rupture. Cette notion n'est pas la seule que le juge a pu trouver pour rééquilibrer des apports inégaux. Il a pu, en outre, se baser sur l'équité, l'abus, et l'interprétation. Ici se pose la question de la justice contractuelle. Doit-on maintenir un contrat et son contenu, malgré qu'ils paraissent injustes, ou au contraire, permettre à une autorité extérieure, le juge, de s'immiscer dans le contrat, et rétablir un équilibre ? La réponse à cette question n'est pas aisée. Classiquement, le contrat même déséquilibré ne laissait aucune marge d'intervention au juge, ne laissant ainsi transparaître aucune immixtion extérieure. Cependant, la tendance actuelle montre *la souplesse contractuelle qui permet à l'acte de survivre par sa capacité à s'adapter. Cette tendance transparaît particulièrement dans la mutation du droit des sanctions : alors que traditionnellement le juge pratiquait une politique de « tout ou rien », privilégiant fréquemment l'annulation totale pour sanctionner les irrégularités de l'acte, il tend aujourd'hui à préférer des sanctions qui conservent au contrat sa validité. Au point qu'on observe aujourd'hui une inversion de rapports entre la nullité totale et la nullité partielle²⁴⁸.*

Alors, le juge a la possibilité de modifier le contrat sous la demande de l'une des parties, tout en remettant en cause l'intangibilité du contrat. Des auteurs comme Loïc CADIET énonce : « *le juge du contrat n'est plus le spectateur passif de la querelle contractuelle, prisonnier d'un prétendu principe de l'autonomie de la volonté qui lui impose de respecter les termes de la convention et lui interdit de modifier le contenu, fût-ce, pour rétablir entre les parties, un équilibre injustement rompu.*²⁴⁹ » Alors, nous pourrions donner l'avis que certains pensent : le

²⁴⁶ Avec la réforme de 2016 du code civil, les contractants peuvent demander au juge d'intervenir dans le contrat pour cause d'imprévision. V. article 1195 du code civil

²⁴⁷ V. supra

²⁴⁸ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, op.cit. p.361.

²⁴⁹ L. CADIET, *la justice contractuelle, l'autre* ; op.cit. p.181

juge pourrait être une partie au contrat car il dispose d'un véritable pouvoir d'immixtion dans le contrat, où ce dernier se permet de modifier une situation conclue par les cocontractants, là où il n'avait pas vocation à intervenir. Pour Monsieur NIBOYET, « *Le contrat révisé n'a plus de contrat que le nom et, c'est au milieu de ses décombres que vient s'établir la réglementation du juge* ». Compte tenu de toutes ces circonstances, on peut avancer l'idée selon laquelle, la relation contractuelle va être sous la houlette du juge qui va veiller à la flexibilité contractuelle.

2- L'intervention judiciaire garante de l'équité et la justice contractuelle

L'imprévision est l'une des principales source de débats en droit des contrats. Le juge administratif l'a consacrée, le juge judiciaire l'avait strictement rejetée²⁵⁰. La négation de l'imprévision dans l'affaire Canal de Craponne résulte de l'article 1134, alinéa 1er, du Code civil qui, disposant que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites* », pose le principe général de la force obligatoire. La force obligatoire y est entendue de manière stricte avec comme pendant le principe d'intangibilité. Ce dernier sous-entend que l'exécution du contrat doit être telle que l'ont voulu les parties lors de la conclusion du contrat²⁵¹. Alors, le juge était comme le serviteur de la volonté des parties, il devrait intervenir en aucune circonstance.

En effet, le principe demeurait , la non-ingérence du juge dans le contrat. Le juge est considéré comme un étranger au contrat lui empêchant toute modification ou immixtion possible. Ce principe est dégagé par l'arrêt canal de Craponne. Il nous semble que ce principe surestime la rationalité des contractants en affirmant qu'ils sont les meilleurs juges et qu'ils veilleraient à leurs propres intérêts en cas d'imprévision. Ce qui n'empêche, la Cour d'affirmait que : « *dans aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ²⁵²». Cependant, ce principe est atténué de nos jours. En effet, pour une justice efficace dans le contrat, l'immixtion du juge est inévitable pour modifier ledit contrat si la loi lui investit ce pouvoir. Manifestement ces dernières années, depuis l'ordonnance de 2016, les textes²⁵³ qui lui sont octroyés cette faculté se sont multipliés.

²⁵⁰ La réforme du droit des contrats vient de consacrer l'imprévision dans son article 1195.

²⁵¹ S. VAN HAECKE-LEPIC, La distinction entre la formation et l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat dans le temps, op.cit. p.22

²⁵² Cass. Civ., 6 mars 1876, D. 1876

²⁵³ V. Art 1171, art 1194, art 1231-5 du nouveau code civil

Aujourd'hui, il est intéressant de noter la consécration du pouvoir du juge, d'adopter ou de réviser le contrat par le législateur français. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire la nouvelle disposition du nouveau code civil au terme duquel : « *Si un changement de circonstance imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe*²⁵⁴ ».

Désormais, une partie de la doctrine considère la révision pour imprévision sous un autre angle à savoir celui de la justice et de l'utilité sociale. Dans ce cadre, le déséquilibre contractuel causé par des changements imprévus prive le contrat de son utilité particulière, sans pour autant en annuler l'utilité sociale. Le droit admet la révision ou l'adaptation du contrat uniquement si deux conditions sont remplies : d'une part, le contrat doit être gravement déséquilibré, et d'autre part, il doit avoir perdu son utilité sociale. Dans cette optique, la question de la volonté des parties n'entre pas en ligne de compte, car ce débat ne concerne pas un accord de volontés qui, par définition, n'avait pas anticipé un bouleversement aussi radical du contenu contractuel. Le concept d'équilibre contractuel, qui incarne l'idée de justice, devient ainsi central dans cette réflexion. Les règles de révision pour imprévision trouvent leur justification dans ce concept, sans avoir besoin de se reposer sur l'accord des parties. Ce nouveau cadre remet en question le paradigme de l'autonomie de la volonté, qui a longtemps dominé les débats, en se demandant si toutes les règles du droit des contrats étaient réellement compatibles avec ce dogme.

²⁵⁴ V. article 1195 du code civil après la réforme de 2016

CONCLUSION

L'aboutissement de notre étude nous a permis de comprendre que la notion de contrat en tant qu'acte de prévision révèle l'essence même de cet instrument juridique : organiser et anticiper les relations entre parties en vue de garantir la stabilité, la sécurité et la pérennité des engagements. En permettant aux parties de négocier librement le contenu de leurs obligations, le contrat s'affirme comme un pilier de la régulation sociale et économique, où chaque clause et stipulation contribue à projeter dans l'avenir les termes d'un accord mutuel. Cette prévisibilité contractuelle offre une stabilité juridique, essentielle dans un monde en constante évolution. Elle permet aux contractants de se prémunir contre les aléas, qu'ils soient économiques, juridiques ou sociaux, grâce à des mécanismes telles que les clauses de révision, de hardship ou de force majeure, garantissant l'immutabilité de l'accord tout en permettant son adaptation dans des circonstances exceptionnelles.

Toutefois, cette fonction prévisionnelle du contrat rencontre ses limites. Loin d'être une simple cristallisation des engagements au moment de la signature, le contrat est aussi soumis aux influences de l'ordre public, aux évolutions des besoins économiques et à la volonté des législateurs de protéger les parties les plus faibles. Par exemple, la nécessité d'équilibrer les rapports contractuels, de prévenir les clauses abusives²⁵⁵ ou de garantir une exécution conforme aux attentes mutuelles démontre que le contrat doit évoluer avec son temps, sans pour autant perdre de vue son fondement initial de sécurité et de stabilité. En définitive, le contrat, acte de prévision par excellence, incarne l'équilibre délicat entre la stabilité et l'adaptabilité. Il demeure un outil de régulation des rapports entre individus, permettant de contrôler les risques et de réduire les incertitudes dans les relations juridiques. Cependant, cette prévision contractuelle ne saurait être figée ; elle doit se concilier avec l'évolution des besoins et la protection des intérêts des parties. C'est cette capacité d'anticipation et de régulation qui confère au contrat son rôle incontournable au sein de l'ordre juridique, tout en soulignant la nécessité de maintenir une flexibilité adéquate pour préserver son utilité et sa pertinence dans un contexte changeant. L'objectivité du contrat prend alors plus de place que sa subjectivité. Autrement dit, le contrat n'est plus enfermé et n'est plus considéré comme « chose des parties ». Le contrat arbore désormais une physionomie qui le permet de se détacher des parties afin d'être autonome.²⁵⁶

²⁵⁵ Loi 2021-25 sur les prix et la protection du consommateur, Loi n°2019-03 du 1er février 2019 portant Code pétrolier

²⁵⁶ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, op.cit. p.362

Bibliographie:

I- Ouvrages généraux, traités et Dictionnaires

AUBERT (J.-L.), *Le contrat, droit des obligations*, Dalloz, Connaissance du droit, 2000, 150 p.

BENABENT (A.), *Droit des obligations*, Paris, Montchrestien, 9^e éd., 2003, 640 p.

CADIET (L.) , *la justice contractuelle, l'autre* ; in Etudes offertes à Jacques Ghestin Le contrat au début du XXI^e siècle L.G.D.J, 2001, p.177 et s.

CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion 1996, 288 p.

CARBONNIER (J.), *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, 496 p.

COHET (F.), *Le contrat*, FONTAINE, Presses universitaires de Grenoble, « Droit en plus », 2020, 222 p.

CORNU (G.), « Préface », *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1989, 284p.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige : PUF, 2004, 974p.

Dalloz, 2019, 1084 p.

DOMAT (J.), « *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus.* », Savoye, Paris, 1735, 579 p.

DUPONT (C.), *La négociation : conduite, théorie, applications*, Dalloz, 1993, 394p.

FABRE-MAGNAN (M), *Droit des obligations Tome 1 Contrat et engagement unilatéral*, 4^e édition, Thémis droit PUF, 2016, 740 p.

GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, t. II, Les obligations, le contrat*, RIDC, 1980, 846 p.

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

GHESTIN (J.), *La notion de contrat*, Recueil Dalloz 1990 p.147-156

ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, 2^e édition, coll. Thémis, PUF, 2013, 576 p.

Sous la direction des Professeurs, NDIAYE (I. Y.), CORREA (J. L.), DIOUF (A. A.), *Les COCC 50 ans après Vol 1.* , L'harmattan Sénégal, 2018, 337 p.

STIMEC (A.), *la négociation*, 2^e édition Collection les Topos, 2011, 126 p.

THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, 2011, Economica, 552 p.

II- Thèses

BARBIER (H.), *La liberté de prendre des risques*, Thèse de droit, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (P.U.A.M.), 2011, 618 p.

GUENETTE-SEIGNEURET (J.), *Du devoir de prévision à la faute de prévision, étude sur la notion de prévisibilité contractuelle*, Thèse de droit, Paris 1, 2017

JOUARY (Ph.), *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, thèse de droit, dactyl., Paris I, 2002

LABARTHETTE (D.), *Contrat et prévision : contribution à l'étude des fonctions du contrat*, Thèse de droit, Pau, 2004

LAGADEC (A.), *De l'interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat*, Thèse de droit, Université de Toulon, 2017, 228 p.

MARIGNOL (L.), *La prévisibilité en droit des contrats*, thèse de droit, l'université de Toulouse, décembre 2017, 625 p.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), « *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain* », PUAM, 1994, 178 p.

VAN HAECKE-LEPIC (S.), *La distinction entre la formation et l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat dans le temps*, Thèse de Droit, Université Paris sciences et lettres, 2017, 518 p.

VIAUD (A.), *Contrat et imprévision : approche comparée*, Université de Montréal Université Lumière Lyon 2 Thèse de droit, 2016, 543 p.

III- Articles de doctrine :

ANCEL (P.), « *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* », in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1999. p. 771-810

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

BOUTHINON-DUMAS (H.), « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *R.I.D.E.*, 2001, pp. 339 et s

FRYDMAN (B.), « Le droit à la lumière de la philosophie de l'action », in P. LIVET (dir.), *L'argumentation: droit, philosophie et sciences sociales*, Québec, *Presses de l'université Laval*, 2000, p. 145-154

JOSSERAND (L.), « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats», In *Revue Trimestrielle de Droit civil*, Paris, 1937, pp.30 et s.

JOSSERAND (L.), « Le contrat dirigé », *DH* 1933, p. 89 et s.

KERBRAT-ORECCHIONI (C.), *Négocier la notion de négociation*, 2012/1 n° 17, p.87 à 99

LARDEUX (G.), « L'efficacité du contrat », *DALLOZ*, Février 2011, 95 p.

LÉCUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges F. Terré*, 1999, *Dalloz-PUF-Litec*, p. 643 et s.

LEKEBE OMOUALI (D.), « La vulnérabilité des parties dans les contrats consacrés par l'Acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général », in *Les Annales Africaines*, Janvier 2019, n° Spécial, pp. 277-307.

LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mélanges J.-L. Aubert*, 2005, *Dalloz*, p. 211, spéc. p. 218 et s.

LONCLE (J.-M.), PHILIBERT-POLLEZ (D.), « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement », *RD aff. int.*, 2009, n°3, pp. 267-292.

MALAURIE (Ph.), « Le droit civil français des contrats à la fin du XX^e siècle », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 186-203

MAZEAUD (D.), « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'unidroits et de la commission Land », in *mélanges Michel CABRILLAC*, PUF, 1999 p. 217

MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise », in *Mélanges François TERRE*, PUF, 1999, p 611 et s.

- MESTRE (J.), « Force majeure et sort du lien contractuel. » *RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil*, 1990, 04, pp.658
- MONTEBAULT (B.), « La stabilisation des contrats d'Etat à travers l'exemple des contrats pétroliers. Le retour des dieux sur l'Olympe ? », *RDAI* 2003, pp. 593-645
- NDONG (P.K.A.F), « la prévisibilité contractuelle en droit sénégalais des obligations civiles et commerciales », *Annales africaines*, Janvier 2021 N° Spécial, p.57-93
- OUEDRAOGO (E.), « la défaillance contractuelle », *Université Thomas Sankara, AFRILEX*, 2022, 31p.
- RIEG (A.), « Contrat type et contrat d'adhésion », *Trav. Inst. Droit comparé Paris*, 1970, *Etudes de droit contemporain*, p. 105 et s.
- SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), « La période précontractuelle en droit français » in *Revue internationale de droit comparé*, 1990, pp. 545-566
- SECK (I.), « La protection de la partie faible dans les contrats structurellement déséquilibrés », *Revue Africaine de Sciences Politique et Sociales*, No 39 DEC 2022, p. 406 et s.
- SECK (I.), « Des quelques mutations du droit sénégalais des contrats de droit privé » , *Annales africaines*, 2019, p.31-60
- SMORTO (G.), « La justice contractuelle », *R.I.D.C.*, 2008, pp. 583-602
- THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.* 1997 p. 357 et s.
- THIOYE (M.), « Les constantes de la force majeure dans le « Code civil des français » et le « COCC » sénégalais », *Le Droit africain à la quête de son identité*, Mélanges en l'honneur de I. Y. NDIAYE, (Dir. ND. DIOUF et Alii), pp. 1161 et s.
- TRIGEAUD (J-M.), « Promesse et appropriation du futur », *Le droit et le futur, Travaux et recherches de l'Université de droit, économie et de sciences sociales de Paris*, PUF, 1985, p.63 et s.

IV- Législation :

A- Textes juridiques internes

Loi n° 63-62 du 10 Juillet 1963 portant Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal, entrée en vigueur le 15 Janvier 1967

Loi n° 2021-25 du 12 Avril 2021 sur les prix et la protection du consommateur

La loi n° 97-17 du 1er décembre 1997 portant code du travail de la république du Sénégal

La loi n° 2012-02 du 03 janvier 2012 sur le crédit-bail au Sénégal, J.O. N° 6663 du samedi 12 mai 2012

Loi n°2019-03 du 1er février 2019 portant Code pétrolier

B- Textes juridiques internationaux et communautaires

Acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général. Adopté à Lomé (TOGO) le 15 décembre 2010 et publié au Journal Officiel de l'OHADA n° 21 du 15/02/2011.

Code civil, 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°0035 du 11 février 2016

Code monétaire et financier français créé initialement par la loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999 et a été ensuite modifié par l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000 (pour sa partie législative) et par le décret n° 2005-1007 du 2 août 2005 (pour sa partie réglementaire).

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

La CIMA - Annexe au Traité instituant la Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances (CIMA) du 10 juillet 1992.

La loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques, JORS n° 6404 du 26 avril 2008

La loi n° 2008-26 du 28 juillet 2008 portant règlement bancaire, J.O. N° 6437 du Samedi 8 novembre 2008.

V- Jurisprudence :

Arrêt Mme Suzanne X c/ SARL Agence Immobilière la Provençale ; Cass. Civ. 3ème, 12 novembre 2015, n° 14-17.790

Arrêt M. Gabily c/ Association Animaux du Vieux Tours, Cass. soc. 17 mars 1979, Bull. Civ.

Arrêt Dame veuve Théodore Y. et du sieur X. C/ Sieur Alfred Z. Civ. 15 avr. 1872, DP 1872. 1. 176

CJUE, Arrêt de la Cour, LB et JL contre Getin Noble Bank S.A., 24/10/2024, C-347/23

Arrêt Société PREMIUM LOGISTICS France C/ Sociétés L'OREAL, GEMEY PARIS MAYBELINE NEW YORK, GEMEY MAYBELLINE GARNIER ; Cour de cassation, Chambre civile 1, 14 octobre 2010, 09-16.967, Publié au bulletin

Arrêt M. X. C/ Société SOFRIBER ; Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 12 juillet 2000, 98-18.857

Arrêt Banque populaire provençale C/ M.X. et Société Techno Loisirs ; Cour de cassation, Chambre commerciale, 16 septembre 2014, 13-20.306, Publié au bulletin

Arrêt Monsieur Patrick X. C/ Fonds de Développement des Archipels ; Cour de cassation, Chambre sociale, 16 mai 2012, 10-17.726, Publié au bulletin ;

Arrêt Canal de Craponne, Cass. Civ., 6 mars 1876, D. 1876

Arrêt Dame X c/ Ville de Paris ; Cass. civ. 10 mai 1948 : Gaz. Palinéa 1948.2.41

Arrêt CONSORTS Z... C/ DAME Y... ; CA Pau, 14 janv. 1969, D. 1969, jur., p. 716

Arrêt Huard, Cass. com., 3 nov. 1992

Arrêt Thierry X... Cass. Civ. 1e 10 octobre 1995, Bull. Civ, I, n°347

Arrêt Manoukian n° 00-10.243, n° 00-10.949 de Cass. Com. 26 novembre 2003

Arrêt Société Mocke et Wancareghem Cass. sect. réun., 2 février 1808 : G.A.J.C, n°160

Arrêt Mme X. C/ Banque BNP Cass. Civ. 1ère, 30 juin 2004, Bull. 2004 I n°190

Arrêt Soffimat Com. 29 juin 2010, n°09-67.369

Arrêt Mme X. C/ Société Lixxbail ; Cass. Com. 11 avril 2012, Bull. IV, n°80, D.2012.1123

VI- Webographie :

<https://www.cairn.info/le-contrat--9782706145568-page-5.htm>

<https://theses.fr/2004PAUU2006>

<https://theses.fr/2019PA01D058>

<https://www.labase-lextenso.fr/these/9782275130750-5>

<https://www.droit.fr/definition/2166instrumentum/#:~:text=L'instrumentum%20d%C3%A9signe%20l%C3%A9crit,%C3%A0%20la%20diff%C3%A9rence%20du%20negotium>

<https://www.labase-lextenso.fr/these/9782275130293>

<4#:~:text=1%20Instrument%20de%20la%20libert%C3%A9%20des%20parties%20et,produit%20des%20effets%20de%20droit%20voulus%20et%20accept%C3%A9s.>

https://bibliotheque.lefebvre-dalloz.fr/ouvrage/themes-commentaires/efficacite-contrat_9782247107971

<https://www.village-justice.com/articles/droit-des-contrats-les-clauses-essentielles-connaître-pour-securiser-vos,46052.html>

<https://shs.cairn.info/la-negociation--9782100558360-page-9?lang=fr&tab=premieres-lignes>

<https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=DZ%2FOASIS%2F001513#:~:text=Les%20n%C3%A9gociations%20d%C3%A9signent%20la%20phase,parties%20concernant%20le%20contrat%20projet%C3%A9>

<https://shs.cairn.info/revue-negociations-2012-1-page-87?lang=fr>

<https://www.village-justice.com/articles/negociation-contractuelle-est-elle-vraiment-gage-securite-juridique,45928.html>

<https://www.legavox.fr/blog/mouillac-delage/periode-precontractuelle-23072.htm>

<https://fr.wikipedia.org/wiki/Punctuation#:~:text=La%20punctuation%20est%20un%20terme,donc%20%C3%A9tal%C3%A9e%20dans%20le%20temps>

<https://www.village-justice.com/articles/signature-signing-cloture-closing-des-contrats-achat-vente-entreprises-spa,41630.html#:~:text=Dans%20les%20contrats%20d'achat,conditions%20qui%20ont%20%C3%A9t%C3%A9%20convenues>

<https://walter-learning.com/blog/soft-skills/negociation/qu-est-ce-que-la-negociation>
Consulté le 28/10/2024

<https://walter-learning.com/blog/soft-skills/negociation/qu-est-ce-que-la-negociation>

https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2003-11_26_0010243&FromId=DZ_OASIS_001513#

<http://www.juripole.fr/Colloques/embauche/Hauser.html>

<https://www.helene-mairesse-avocat.fr/garanties-et-responsabilites-contractuelles-protéger-ses-droits-et-gérer-les-risques/>

<https://www.dalloz-actualite.fr/document/com-11-mars-2020-f-pb-n-18-22472>

https://shs.cairn.info/article/RIDE_153_0339/pdf?lang=fr

<https://jurislogic.fr/arret-huard-3-novembre-1992-fiche-darret-et-portee/>

[https://fr.wikipedia.org/wiki/Canal_de_Craponne_\(arr%C3%AAt\)](https://fr.wikipedia.org/wiki/Canal_de_Craponne_(arr%C3%AAt))

<https://www.legavox.fr/blog/lajurisprudence/solus-consensus-obligat-consentement-oblige-19079.htm>

<https://aurelienbamde.com/2022/11/06/les-clauses-dindexation-regime/>

<https://juricaf.org/recherche/indexation>

[https://www.doc-du-juriste.com/droit-prive-et-contrat/droit-civil/dissertation/contrat-est-il-toujours-loi-parties-](https://www.doc-du-juriste.com/droit-prive-et-contrat/droit-civil/dissertation/contrat-est-il-toujours-loi-parties-488800.html#:~:text=L'article%201101%20du%20Code,l'on%20appelle%20les%20parties)

[488800.html#:~:text=L'article%201101%20du%20Code,l'on%20appelle%20les%20parties](https://www.doc-du-juriste.com/droit-prive-et-contrat/droit-civil/dissertation/contrat-est-il-toujours-loi-parties-488800.html#:~:text=L'article%201101%20du%20Code,l'on%20appelle%20les%20parties)

<https://www.dictionnaire->

[juridique.com/definition/equite.php#:~:text=D%C3%A9finition%20de%20%C3%89quit%C3%A9&text=L'%22%C3%A9quit%C3%A9%22%20est%20le,traitement%20juste%2C%20%C3%A9galitaire%20et%20raisonnable](https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/equite.php#:~:text=D%C3%A9finition%20de%20%C3%89quit%C3%A9&text=L'%22%C3%A9quit%C3%A9%22%20est%20le,traitement%20juste%2C%20%C3%A9galitaire%20et%20raisonnable)

INTRODUCTION	1
Chapitre 1 : La prévision , instrument de pérennisation du contrat	8
Section 1 : La garantie d'une bonne exécution du contrat.....	9
Paragraphe 1 : L'importance de la négociation dans la prévision contractuelle	9
A- La négociation comme garant de la liberté contractuelle	9
1- La négociation, un espace d'expression des volontés des parties	9
2- La recherche d'un équilibre entre les intérêts des parties	11
B- La négociation comme outil d'anticipation des risques.....	13
1- Les principes gouvernants la négociation	13
2- L'encadrement de la négociation.....	15
Paragraphe 2 : La détermination du contenu contractuel.....	17
A- La précision des éléments essentiels du contrat comme cadre de prévisibilité.....	17
1- Les principes de clarté et de précision du contenu contractuel.....	18
2- L'immutabilité du contenu contractuel comme fondement de la prévision.....	19
B- Les modalités structurant la prévisibilité contractuelle.....	21
1- La définition des obligations et sanctions garantissant la prévision contractuelle	21
2- Les modalités du contrat objet de la prévision contractuelle	23
Section 2 : La contribution de la prévision contractuelle à la sécurisation du contrat	25
Paragraphe 1 : la sécurité contractuelle	25
A- La sécurité contractuelle, une condition de continuité	25
1- L'immutabilité des engagements contractuels.....	26
2- La clause d'imprévision	28
B- La sécurité contractuelle, une prévisibilité des conséquences d'inexécution.....	30
1- Les clauses de pénalité comme outil de prévision des sanctions	30
2- Les clauses de résiliation et de force majeure	32
Paragraphe 2 : la sécurité économique du contrat	34
A- Les clauses palliant l'aléa législatif et administratif	34
1- La clause de stabilisation	34
2- La clause d'intangibilité	35
B- Les clauses palliant l'aléa économique	36
1- La clause d'indexation ou d'échelle mobile.....	36
2- La clause de révision.....	37
Chapitre 2 : La prévision, une contribution à la flexibilisation du contrat.....	40
Section 1 : L'élargissement des acteurs intervenant dans le contrat.....	41
Paragraphe 1 : le juge, acteur passif de la sphère contractuelle.....	41
A- Le rôle du juge dans l'interprétation du contrat.....	42

1-	De l'interprétation stricte et littérale du contrat.....	42
2-	La recherche d'une interprétation contextuelle du contrat.....	43
A-	Le renforcement des pouvoirs du juge dans la régulation du contrat.....	45
1-	La consécration de la révision pour imprévision.....	45
2-	le contrôle de l'ordre contractuel par le juge.....	46
Paragraphe 2 :	Le législateur, protecteur du contrat.....	48
A-	L'encadrement des clauses contractuelles.....	48
1-	La protection des parties faibles.....	48
2-	L'instauration de mécanismes garantissant l'équilibre du contrat.....	50
B-	L'intervention du législateur dans l'exécution et la modification du contrat.....	52
1-	Le maintien des obligations des parties garantissant l'équilibre contractuel.....	52
2-	Les règles d'ordre public.....	54
Section 2 :	le changement d'orientation du contrat.....	56
Paragraphe 1 :	Vers une objectivisation du contrat.....	56
A-	L'intégration de standards juridiques objectifs.....	56
1-	La bonne foi comme principe directeur des contrats.....	56
2-	L'imposition des obligations de transparence et de loyauté.....	57
B-	L'importance de l'ordre public dans le contrat.....	59
1-	Le rôle de l'ordre public de protection dans les contrats.....	59
2-	Le rôle de l'ordre public économique dans le contrat.....	61
Paragraphe 2 :	Vers une stabilisation du contrat.....	62
A-	Une sécurité contractuelle garante de stabilité.....	63
1-	Le changement de l'image du contrat.....	63
2-	De la sécurité statique à une flexisécurité du contrat.....	64
B-	L'équilibre entre intervention judiciaire et volonté des parties.....	66
1-	L'évolution de la catégorie des parties aux contrats.....	66
2-	L'intervention judiciaire garante de l'équité et la justice contractuelle.....	68
CONCLUSION	70
Bibliographie:	71