



ANNALES DE L'UNIVERSITE MARIEN NGOUABI

Sciences Juridiques et Politiques

Volume 21, Numéro spécial

ANNEE: 2021

ISSN: 1815 – 4433 - www.annalesumng.org

Indexation: Google Scholar

ANNALES DE L'UNIVERSITE MARIEN NGOUABI

SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES



VOLUME 21, NUMERO SPECIAL, ANNEE: 2021

www.annalesumng.org

SOMMAIRE

Directeur de publication
J-R. IBARA

Rédacteur en chef
J. GOMA-TCHIMBAKALA

Rédacteur en chef adjoint
D. E. EMMANUEL née ADOUKI

Comité de Lecture :
J.M. BRETON (Pointe-à-Pitre)
J. ISSA SAYEGH (Abidjan)
E.J. LOKO-BALOSSA (Brazzaville)
F. M. SAWADOGO (Ouagadougou)
YAO- NDRE (Abidjan)

Comité de Rédaction :
D. E. EMMANUEL ADOUKI
(Brazzaville)
G. MOYEN (Brazzaville)

Webmaster
R. D. ANKY

Administration - Rédaction
Université Marien Ngouabi
Direction de la Recherche
Annales de l'Université Marien
Ngouabi
B.P. 69, Brazzaville – Congo
E-mail: annales@umng.cg

ISSN : 1815 – 4433

Indexation : Google scholar

- 1 L'accord tacite en droit international**
ADOUA-MBONGO A. S.
- 29 Le pouvoir d'injonction des juridictions administratives en Afrique noire francophone**
ANDZOKA ATSIMOU S.
- 59 Les dérives de la constitutionnalisation du droit pénal au Congo : remarques à propos de l'article 96 de la Constitution du 25 octobre 2015**
LEKEBE OMOUALI D.
- 85 Le juge et l'équilibre du contrat**
ONDZE S
- 118 Le pouvoir législatif dans le nouveau constitutionnalisme africain : un pouvoir concurrencé**
OSSOMBO-YOMBO R.



LE JUGE ET L'EQUILIBRE DU CONTRAT

ONDZE S.

Faculté de Droit

Université Marien N'Gouabi

Brazzaville – République du Congo

RESUME

La conception individualiste sur laquelle se fondait la théorie générale du contrat exigeait que les parties ne soient soumises qu'aux obligations qu'elles ont voulu peu important le déséquilibre de celles-ci. Afin de garantir l'intangibilité du contrat, les immixtions extérieures notamment celle du juge ont été interdites. Mais, la prise en compte d'une nouvelle vision du contrat a remis en cause le dogme de l'autonomie de la volonté. Cette métamorphose du droit des contrats reconnaît au juge le pouvoir de rééquilibrer en cas de déséquilibre provoqué par les parties ou les circonstances imprévisibles et celui d'imposer les obligations aux parties en cas de lacunes contractuelles. Cette intervention permet d'assurer la justice contractuelle.

Mots-clés : *Autonomie de la volonté - clauses abusives - clause limitatives de responsabilité – contrat – déséquilibre - équilibre contractuel – imprévision - juge - justice contractuelle - parties, tiers.*

ABSTRACT

The individualistic conception on which the general theory of contract was based required that the parties be subject only to the obligations they wished, regardless of the imbalance of those obligations. In order to guarantee the inviolability of the contract, external interference, in particular that of the judge, has been prohibited. But, taking into account a new vision of the contract called into question the dogma of the autonomy of the will. This metamorphosis of contract law recognizes the judge's power to rebalance in the event of an imbalance caused by the parties or unforeseeable circumstances and the power to impose obligations on the parties in the event of contractual gaps. This intervention helps ensure contractual justice.

Keywords : *Autonomy of the will - unfair clauses - limitation of liability clause - contract - imbalance - contractual balance - unforeseeability - judge - contractual justice - parties, third parties.*

1.- « Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit, le juge (et non plus la loi) qui affranchit »¹. Cette formule détournée de la citation de Lacordaire², souvent opposée à « Qui dit contractuel dit juste » de Fouillée³, sert d'argument d'autorité contre toute immixtion du juge dans la sphère contractuelle. La théorie générale du contrat s'est, en effet, construite sur le dogme de l'autonomie de la volonté⁴. La confection du contrat, sa modification et sa révocation doivent être l'œuvre de la volonté des parties⁵ ayant la lucidité de mieux défendre leurs intérêts dans une égalité parfaite⁶. La liberté contractuelle leur permet de

déterminer de manière équilibrée le contenu du contrat⁷, qui acquiert ainsi une intangibilité empêchant le juge d'effectuer un contrôle de son équilibre objectif, car l'équilibre subjectif accepté par les parties qui prime⁸. Cette construction, aveugle du déséquilibre et de l'injustice contractuelle, a été remise en question⁹, sous l'impulsion de nouvelles disciplines¹⁰ et d'une nouvelle vision du contrat¹¹. Ces nouvelles théories explicatives du contrat font de la figure du juge le pilier incontournable de l'équilibre contractuel. L'avant-projet du code civil congolais¹² et la réforme française du 10 février 2016¹³ relancent le débat, jamais clos,

1 L. Aynès, « Le devoir de renégocier », *Rev. juris. com.* 1999, n° 26, pp. 12 et s.

2 J.-B.-H. D. Lacordaire, « Entre le fort et le faible, [entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur], c'est la liberté qui asservit [opprime] et la loi qui affranchit », in *Du double travail de l'homme*, 52^e Conférence de Notre-Dame de Paris, t. III, 16 avril 1848.

3 A. Fouillée, *La science sociale contemporaine*, 5^e éd., Hachette, 1910, p. 410 ; J.-F. Spitz, « “Qui dit contractuel dit juste” : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.* 2007, p. 281.

4 E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau, 1912, p. 5 ; R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique*, Arthur Rousseau, 1911, 683 p. ; Paris, rééd., La Mémoire du droit, 2001, p. 147 ; V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, 194 p.

5 COCC, art. 97 ; C. civ. fr., art. 1101 et 1193 nouv. (art. 1134 anc.) ; Avant-projet de Code civil (Congo), art. 356 ; art. 472 : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ».

6 F. Chénédé, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC*, 2015, n° 3, p. 655.

7 Cf. G. Dibangue, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement. Regards croisés entre le droit français et le droit OHADA*, préf. Pascal Rubellin, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 17.

8 V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, PUAM 2000, p. 17.

9 C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357 ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in

L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré, Dalloz/PUF/Juris-classeur, 1999, p. 603 ; « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, n° 22, p. 307 ; « Le juge et le contrat. Variations sur un couple ”illégitime“ », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 235 et « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis/Dalloz, 2012, p. 905.

10 N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, PUAM, 2002, p. 587.

11 Il s'agit des théories de l'utile et du juste (J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », *APD* 1981, p. 35 ; J. Ghestin, J. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, LGDJ, 2013, n° 625), de l'utilité publique et de la justice contractuelle (F. Chénédé, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative : du mythe à la réalité », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Dalloz, 2012, 4, pp. 155-181), du solidarisme contractuel (Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Etudes J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441 ; L. Grynbaum, « La notion de solidarisme contractuel », in *Le solidarisme contractuel*, G. Grunbaum et M. Nicod (dir.), Economica, 2004, p. 25 ; I. Y. Ndiaye, « Leçon inaugurale : le COCC, cinquante ans après (Regard furtif) », in *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (C.O.C.C) : cinquante ans après*, I. Y. Ndiaye, J. J.-L. Corrèa, A. A. Diouf (dir.), vol. 1, CREDILA, L'Harmattan-Sénégal, 2018, pp. 16 et s.).

12 Avant-projet de Code civil, art. 361. « Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres » ; art. 363 « Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est considéré comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit ».

13 Ordonnance n°2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime

sur l'intervention du juge dans les relations contractuelles entre les parties¹⁴.

2.- L'équilibre du contrat, le juge, ces termes passent aujourd'hui pour un lieu commun. Pourtant, la conjonction de coordination qui les lie, impose de s'y attarder, pour la clarté de l'analyse.

L'équilibre contractuel est une notion complexe, diversifiée et fragile¹⁵. Il est une notion floue¹⁶ dont ni le critère de l'équivalence des prestations¹⁷ ni celui de l'optimum de création de richesses¹⁸ ne suffisent à caractériser l'ensemble de ses manifestations. L'équilibre du contrat est appréhendé sous le double prisme de concept et de notion¹⁹. En tant que concept, il « représente l'idée selon laquelle le contenu juridique et économique du contrat se trouve dans un état de repos et/ou d'harmonie et le

reste malgré l'influence de forces extérieures sur ce contenu »²⁰. En tant que notion²¹, l'équilibre contractuel est, du point de vue de l'analyse économique, « ... celui qui permet l'optimisation de la création globale de richesse »²². Il s'oppose au déséquilibre du contrat²³. La définition de celui-ci implique donc plusieurs critères objectifs, afin que transparaissent son efficacité²⁴. Il peut se retrouver dans les critères de réciprocité²⁵, de commutativité²⁶, d'équivalence²⁷, de proportionnalité²⁸ et d'excès²⁹.

3.- Le juge, quant à lui, est une notion à sens dual. Elle représente, du point de vue institutionnel, une juridiction³⁰, alors que du point de vue personnel, le juge est « celui qui est compétent pour trancher, celui qui connaît l'affaire »³¹.

général et de la preuve des obligations ; G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p. 419.

14 Cf. G. Tabi Tabi, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », *Les Cahiers de droit*, vol. 53, n° 3, 2012, p. 579 ; V.-E. Bokali, « Le juge et le contrat », *Séminaire de Droit des obligations*, Faculté des sciences juridiques, et politiques, Université de Ngaoundéré, Année académique 2017-2018, p. 3.

15 Cf. S. Lebreton, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, Thèse Paris II, 1998, n° 133.

16 V. Portier, « La fonction normative des notions floues », *RRJ* 1991-3, p. 765, n° 19 ; M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, 1986, p. 12.

17 J.-J. Barbieri, *Vers un nouvel équilibre contractuel ? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, Thèse Toulouse, 1981, p. 290 ; B. Garrigues, « La contre-prestation du franc symbolique », *RTD civ.* 1991, p. 463.

18 J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse Grenoble II, 1996, n° 686.

19 L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2005, pp. 26-27.

20 *Ibidem*.

21 C'est-à-dire une « véritable abstraction d'une situation de fait produisant un certain nombre d'effets juridiques », voir J. A. Guesmi, *Le contrôle des clauses abusives dans les relations contractuelles*, Thèse Toulon, 1997, n° 107.

22 L. Grynbaum, *Le contrat contingent, L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, Thèse Paris II, 1998, n° 62 et 63.

23 *Ibidem*.

24 M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, éd., Seuil-essais 1998, p. 88 : « La transgression, qui marque le point de rupture, lorsque le juge ramène à tout critère objectif pour décider seul du sens, selon sa propre subjectivité. C'est là que commence le gouvernement des juges ».

25 H. Brycks, *Les clauses abusives*, LGDJ-Montchrestien, 1982, 286 p., n° 9.

26 D. Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Thèse Paris II, 1997, n° 324.

27 C. Krief-Verbaere, *Recherches sur la possession en droit des sûretés réelles*, Thèse Paris XII, 1994, n° 74.

28 D. Mazeaud, « Le principe de proportionnalité et le droit des contrats », *LPA* 30 sept. 1998 ; N. Molfessis, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *LPA* 30 sept. 1998, p. 21 ; S. Pech-Le-Gac, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Thèse Paris XI, 1997, n° 224-225.

29 D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, Thèse Paris 2, 2001, n° 419, p. 319 et s.

30 D. Lekebe Omouali, « L'office du juge en droit OHADA », *RAMReS/S.J.P.*, n° 1, janv. 2021, p. 198.

31 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, 13^e éd., Quadriga, 2020, pp. 578 ; G. Wiederker, « Qu'est-ce qu'un juge », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz, 1995, p. 575 ; M.-A. Frison-

4.- Le débat sur l'admission ou non de l'immixtion du juge dans les rapports contractuels entre les parties n'est pas si ancien. Il est né au XX^e siècle³², et met aux prises deux visions radicalement opposées du contrat voire de la société.

D'un côté, les volontaristes³³ qui rejettent l'idée d'un contrôle de l'équilibre du contrat par le juge. Ces auteurs croient en la capacité des parties à déterminer l'équilibre du contrat et à n'acquiescer que les engagements justes³⁴ ayant la force obligatoire³⁵. Le contrat « est supposé équilibré du seul fait qu'il a été accepté »³⁶. Ainsi, le « libéralisme économique s'oppose à ce qu'une protection (...) étatique permette en réalité à une partie, considérée comme habile, d'échapper à ses obligations »³⁷. L'équilibre du contrat ne pouvait ainsi être

imposé aux contractants au nom de la liberté contractuelle³⁸.

De l'autre, les solidaristes affirment que « le contrat n'est que rarement un microcosme au sein duquel il y a convergence d'intérêts faisant naître un véritable intérêt commun contractuel »³⁹. Les intérêts des parties étant antagonistes, et l'égalité des parties n'étant « souvent qu'un leurre et l'injustice contractuelle, une réalité »⁴⁰, la partie vulnérable n'est pas le meilleur juge de son intérêt⁴¹. L'inégalité de puissance entre les parties s'est grandement manifestée avec l'apparition des contrats d'adhésion et les contrats de dépendance⁴².

5.- La force obligatoire du contrat a ainsi été relativisée, en raison des nécessités sociales⁴³, de la bonne foi⁴⁴, de l'équité, de

Roche, « Les offices du juge », in *Mélanges J. Foyer*, Paris, PUF, 1997, p. 463.

32 Cf. R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris, éd., Librairie Arthur Rousseau, 1931, n° 3 ; R. Ponceau, *La volonté dans le contrat suivant le Code civil, Essai d'une construction nouvelle*, Lyon, 1921 ; N. Coumaros, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique, Etude critique de la conception classique*, Thèse Bordeaux, Sirey, 1931, 332 p.

33 L. Leveneur, « Le solidarisme contractuel : un mythe ? », in *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, n° 1 ; Ph. Rémy, « La genèse du solidarisme contractuel », in *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, n° 6 ; Y. Lequette, « Bilan des solidarismes », in *Etudes de droit privé*, Economica, 2008, pp. 247 et s. ; « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mélanges en l'honneur de J. Hauser*, Paris, LexisNexis/Dalloz, 2012, 879.

34 S. Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, trad. Martin Stanislas Gillet, Desclée et Cie, 1932, II a, II ae, q. 59, art. 3 ; Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. Jules Tricot, Paris, Vrin, 1997, V, 12 et s.

35 J.-S. Borghetti, « La force obligatoire des contrats », *Dr. et patr.* mai 2016, p. 67.

36 A. Bénabent, *Droit des obligations*, Paris, 18^e éd., LGDJ, 2019, p. 157.

37 M. G. de Monteynard, « La recherche d'un équilibre contractuel au travers de la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation », www.courdecassation.fr, consulté le 23 déc. 2020.

38 E. A. Koffi, « La recherche d'équilibre en droit civil », *Revue malienne des sciences juridiques, politiques et économiques de Bamako (REMSJUPE)*, n° 3, 2016, n° spécial, p. 31.

39 Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, 260 p. ; Ch. Jamin, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique, un exercice de lecture comparée », *Droits* 2010, n° 52, p. 137 ; D. Mazeaud, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », in *Mélanges en l'honneur de J. Hauser*, LexisNexis/ Dalloz, 2012, pp. 905 et s.

40 B. A. Balla Kalto Loutou, « La réparation du déséquilibre contractuel », *Annales africaines*, vol. 1, 2019, n° 10, p. 157.

41 J. Tricot, « Notes de traduction », in *Aristote, Éthique à Nicomaque*, p. 237, note 4 : « Dans les synallagmata volontaires, la justice corrective n'intervient pas en principe, et laisse aux parties pleine liberté de traiter. Il n'en serait autrement que si un dol ou une fraude viciait la convention » ; H. et L. Mazeaud, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, t. 2, vol. 1, par. F. Chabas, 8^e éd., Montchrestien, 1991, p. 24.

42 Cf. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 182 ; P. Sirinelli, « L'équilibre dans le contenu du contrat », *D.* 2016, p. 240.

43 F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 486.

44 C. civ., art. 1104 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public » ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit*, Mélanges en

l'usage ou de la loi⁴⁵ permettant l'intervention du juge qui détermine le juste, c'est-à-dire le « milieu entre les parties contendantes »⁴⁶. Cette intervention concerne désormais les déséquilibres liés à la formation du contrat⁴⁷ et ceux liés à son exécution⁴⁸. Le champ des déséquilibres contractuels suscitant l'intervention du juge⁴⁹ est large, en ce sens que le contractant vulnérable qui subit la domination du fort⁵⁰ n'est plus seulement l'incapable⁵¹ ou le consommateur⁵², mais aussi les tiers⁵³ et la société⁵⁴.

Le juge, qui restaure l'équilibre du contrat en fonction des mutations socio-économiques pour éviter sa disparition⁵⁵, dispose de pouvoirs importants. Il peut non seulement interpréter le contrat⁵⁶ pour donner à une clause du contrat obscure son véritable sens, mais également compléter, en

cas de silence du contrat⁵⁷, son contenu en se fondant sur l'équité, sur l'usage ou sur la loi⁵⁸. Le juge ne refuse donc pas de statuer en cas d'obscurité ou de silence du contrat. Le pouvoir de rétablissement de l'équilibre du contrat appartient au juge du fond⁵⁹ puisque le contrat est un fait juridique qui échappe au contrôle du juge du droit⁶⁰. Mais, de ce débat, le législateur ne semble pas avoir pris parti en faveur de l'un et de l'autre camp. Or, le juge interprète, complète, écarte l'œuvre du législateur⁶¹ jusqu'à disposer d'un pouvoir normatif, afin de corriger les déséquilibres⁶².

Le juge exerce « un jugement de valeur »⁶³ sur la règle de droit et recourt aux éléments extérieurs à cette règle pour trouver des solutions aux questions qui lui sont

hommage à F. Terré, Dalloz/PUF/Juris-classeur, 1999, p. 603.

45 Cf. Ph. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Thèse Paris XII, 2003, n° 170, p. 311.

46 Aristote, *Ethique à Nicomaque*, V, 7, 1132, a 19.

47 H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », in Mélanges F. Terré, *op. cit.*, p. 643.

48 F. Chénédé, « Le juge auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », *Dr. et patr.*, mai 2016, 46 ; Th. Revet, « Le juge et la révision du contrat », in Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats, *RDC* 2016, n° 2, p. 373.

49 Cf. P. Ancel, « Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle ? », *D.* 2017, p. 721.

50 Cf. M. Fontaine, « Fertilisations croisées du droit des contrats », in *Le contrat au XXI^e siècle*, Etudes offertes à Jacques Ghestin, LGDJ/Lextenso éditions, 2015, p. 347 ; S. Ondze, « L'action de groupe dans la réforme de la procédure civile congolaise », *Revue ivoirienne de sciences juridiques et politiques (RISJPO)*, 2017, n° 5, p. 33.

51 M. Douchy-Oudot, *Droit civil 1^{re} année, Introduction, Personnes, Famille*, 9^e éd., Dalloz, 2017, pp. 283 et s.

52 J.-P. Chazal, « La vulnérabilité et le droit de la consommation », in F. Cohet-Cordey (dr.), *Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, PUG, 2000, p. 85.

53 R. Marty, *De l'absence partielle de cause et de son rôle dans les contrats à titre onéreux*, Thèse Paris 2, 1995, n° 186.

54 L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, *op. cit.*, p. 245.

55 J. M. Gueguen, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D.* 1999, chr. 352, p. 1.

56 C. civ., art. 1188 et s. ; M. Villey, « L'interprétation dans le droit », *Archives de philo. du droit*, t. XVII, 1972, p. 3 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, 8^e éd., Dalloz, 2009, p. 475.

57 P. Diener, *Le silence et le Droit. Essai sur le Silence en droit privé*, Thèse ronéot, Bordeaux I, 1975.

58 B. Houin-Berlioz et G. Berlioz, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Etudes R. Houin*, 1985, p. 20.

59 J. Mestre, A. Laude, « L'interprétation "active" du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM 1993, p. 9.

60 Cass. ch. réunies, 2 févr. 1808, *arrêt Lubert*, *GAJC*, par F. Terré et Y. Lequette, Paris, 11^e éd., Dalloz, 2000, n° 159.

61 A. Bénabent, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, 2019, p. 246.

62 C. Labrusse-Rou, « Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille », in *Etudes P. Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 151-176 ; E. A. Koffi, « La recherche de l'équilibre en droit civil », *loc. cit.*, n° 3, 2016, p. 45.

63 Cf. C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003, n° 28, p. 78 ; A. Bouveresse, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, éd., Groupe Boeck, 2010, p. 47.

posées⁶⁴. Ces infléchissements concourent à l'équilibre des intérêts. Le contrôle du contrat par le juge, au moment où les causes des déséquilibres contractuels se sont multipliées, favorise la justice contractuelle⁶⁵. Il peut s'agir de la complexité des matières sur lesquelles se forment les contrats⁶⁶, de l'insuffisance des capacités intellectuelle ou économique de négocier ou d'apprécier les risques du contrat⁶⁷. Les contrats de masse tels que ceux liés aux assurances, aux banques et à la consommation sont le terrain d'élection de ce déséquilibre⁶⁸. Or, la domination de la partie forte sur la partie faible peut entraîner la violation des droits de l'homme⁶⁹. L'autonomie de la volonté des contractants n'ayant pas « la dignité de législateurs »⁷⁰ doit cohabiter avec la justice contractuelle⁷¹, afin de protéger la partie vulnérable. Les inégalités contractuelles⁷² sont ainsi encadrées⁷³ pour que les valeurs supérieures de justice et d'utilité sociale du contrat soient respectées⁷⁴. Mais la justice contractuelle ne pouvant pas toujours sortir de la volonté des parties, à cause de multiples inégalités⁷⁵, le

contrat est « appelé à sortir comme de la main invisible... »⁷⁶ qui garantit loyalement les intérêts de chaque partie⁷⁷. En ce sens, le défaut d'égalité et d'équilibre du contrat⁷⁸ impose que le juge libère le contractant vulnérable du contrat injuste ou le rééquilibre⁷⁹. La régulation du contrat par le juge processualise le contrat⁸⁰. Le juge n'est plus tenu de respecter la loi contractuelle injuste⁸¹. Il est autorisé à remodeler le contrat pour assurer l'équilibre contractuel et la justice contractuelle⁸².

6.- Si l'intervention du juge dans les relations contractuelles semble aujourd'hui admise, du moins par la doctrine majoritaire, il reste néanmoins que la question de l'étendue des pouvoirs du juge n'est pas clairement résolue. Il est donc nécessaire de s'interroger sur la question de savoir quels sont les pouvoirs du juge dans le maintien de l'équilibre du contrat ? En réponse à cette problématique, il ressort que le juge s'émancipe parfois des habilitations du législateur pour rechercher l'équilibre du contrat⁸³. Son intervention active dans le

64 J.-P. Gridel, *Les notions fondamentales de droit et droit français*, Paris, Dalloz, 1992, p. 11.

65 D. Mazeaud, « La justice contractuelle dans la réforme des contrats », in *Mélanges Lucas de Leyssac*, LexisNexis, 2019, p. 385.

66 Cf. M. Bloch, *La société féodale*, Albin Michel, rééd., 1994, pp. 393 et s.

67 L. Cadiet, *Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 193, n° 49.

68 Pour l'étude du contrat utile, cf. J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chron. pp. 1 et s.

69 Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *loc. cit.*, p. 470 et s.

70 H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 359.

71 I. Y. Ndiaye, « Leçon inaugurale », in *Actes du colloque sur les cinquante ans du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (C.O.C.C)*, I. Y. Ndiaye, J.-L. Corrêa et A. A. Diouf (dir.), vol. 1, L'Harmattan-Sénégal, 2017, p. 16.

72 J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, P.U.F., 2013, 562 p.

73 R. Njeufack Tamgwa, « Les contrats partiellement réglementés en droit OHADA », *LPA* 25 sept. 2015, n° 192, p. 14.

74 F. Chénéde, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », *loc. cit.*, p. 155 et s.

75 L. Cadiet, « Une justice contractuelle, l'autre... », *loc. cit.*, p. 178.

76 J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, *op. cit.*, n° 78.

77 A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 11^e édition, Dalloz, 2013, p. 41.

78 Th. Revet, « Les apports au droit des relations de dépendance », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, Dalloz, 1997.

79 J. Carbonnier, *Droit civil, t. 4, Les obligations*, PUF, 1998, n° 78 et s.

80 L. Cadiet, « Les jeux du contrat et du procès », in *Mélanges offerts à Gérard Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 23.

81 Cf. C. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Dr. et Patr.*, mars 1998, p. 46 ; L. Leveneur, « Le forçage du contrat », *Dr. et patr.*, mars 1998, p. 72.

82 Cf. Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, Thèse Aix-Marseille, 1999, 649 p.

83 Cf. D. Mazeaud, « La réduction des obligations contractuelles », *loc. cit.*, pp. 61-62.

contrat manifeste pour certains auteurs l'arbitraire⁸⁴ qui détruit la sécurité juridique créée par la volonté des parties.

7.- Cette problématique révèle les multiples enjeux de l'étude.

Il peut, au plan théorique, être observé que le redressement par le juge du déséquilibre contractuel⁸⁵ assurant la justice contractuelle⁸⁶ relativise la capacité de l'autonomie de la volonté à équilibrer le contrat⁸⁷. L'obligation des parties d'échanger dans la loyauté, la solidarité et la fraternité⁸⁸ pour garantir la sécurité juridique peut ainsi s'avérer impuissante. Le juge supplée ainsi à la défaillance des parties.

Il peut, au plan pratique, indiquer que les pouvoirs du juge permettent de corriger le déséquilibre créé par les parties au moment de la formation du contrat⁸⁹ ou celui survenu au stade de l'exécution du contrat par des circonstances imprévisibles⁹⁰. En ce sens, si les contractants ne respectent pas l'impératif de l'équilibre du contrat⁹¹, celui-

ci mute vers un statut⁹² permettant à l'intervention du juge d'intervenir de stabiliser la relation contractuelle⁹³. Mais, on peut noter qu'au-delà de cette catégorisation, Aristote nous a également livré un enseignement précieux, qui, malheureusement, a été travesti. Le Philosophe s'est en effet interrogé sur le contenu et la portée de cette exigence d'équivalence dans les échanges⁹⁴. C'est la fameuse justice commutative. À suivre certains auteurs contemporains, cette exigence imposerait le respect d'une stricte équivalence des prestations et justifierait ainsi que le juge puisse rétablir l'équilibre contractuel préalablement déterminé par les parties.

8.- L'intervention du juge dans le contrat comprend, en effet, de multiples facettes⁹⁵ laissant penser qu'il est devenu une partie au contrat⁹⁶, un gouvernement du contrat avec une emprise⁹⁷, une mainmise et une tutelle⁹⁸ importante sur les relations contractuelles. Il est autorisé de rétablir les déséquilibres qui naissent aux différentes

84 Cf, L. Cadet, « Une justice contractuelle, l'autre », in Mélanges Ghestin, 2001, p. 177 ; M. Mignot, « De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme a-t-il un rapport avec la solidarité ? », *RRJ* 2004, n° 4, p. 2153.

85 J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, n° 252.

86 *Ibid.*

87 Cf, M. Mekki, « Libéralisme et solidarisme : quelle philosophie du contrat pour sortir de la crise ? », *RDC* 2010, n° 1, p. 383.

88 Cf, S. Lequette, *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, Thèse Paris 2, 2012, pp. 339 et s.

89 C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *loc. cit.*, p. 379.

90 C. civ., art. 1195 ; N. Dissaux, Ch. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016), Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2016, 274 p. ; Th. Revet, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, p. 373 ; M. Mekki, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », *AJC* 2020, pp. 164 et s.

91 Cf, H. Batiffol, « La crise du contrat », *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, 1968, p. 13.

92 K. Stoyanovitch, « La théorie du contrat selon E. B. Pachoukanis », *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, 1968, p. 89.

93 A. Bénabent, « L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée », *LPA* n° 53, 6 mai 1998, p. 14 ; H. Kenfack, « La considération de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat », in *La confiance en droit privé des contrats*, 2008, p. 117.

94 F. Chénédé, « Le droit civil au droit naturel (ou l'actualité d'un passé », *RTD civ.* 2020, p. 506.

95 P.-G. Jobin, « Coup d'œil sur les multiples facettes de l'intervention du juge dans le contrat », *Les Cahiers de droit*, vol. 47, n° 1, 2006, p. 3-11.

96 NCPC, art. 66, al. 1^{er} : « Constitue une intervention la demande dont l'objet est de rendre un tiers partie au procès engagé entre les parties originaires ».

97 D. Mazeaud, « La réduction des obligations contractuelles », *loc. cit.*, p. 58.

98 D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité... », *loc. cit.*, n° 23.

étapes du contrat⁹⁹. Il apprécie l'équivalence des prestations, des droits et obligations des parties et l'économie générale du contrat.

Mais, son office vise souvent le maintien du contrat. Celui-ci est obtenu de deux manières. D'une part, et en général, le juge est habilité à rétablir l'équilibre rompu par les parties au contrat ou par les circonstances imprévisibles au moment de sa formation **(I)**. D'autre part, et de manière exceptionnelle, il s'autorise parfois le pouvoir d'imposer l'équilibre des obligations contractuelles, en déterminant à la place des contractants le contenu du contrat **(II)**.

I.- L'équilibre du contrat rétabli par le juge

9.- Les contractants ont la liberté de déterminer le contenu de leur contrat générateur d'obligations¹⁰⁰. Mais leur volonté ne garantit pas toujours l'équilibre du contrat. Le juge corrige cette volonté afin d'établir ou rétablir l'équilibre contractuel dans deux hypothèses. D'une part, lorsque la liberté contractuelle des parties n'a pas permis de déterminer justement le contenu du contrat¹⁰¹ **(A)**. D'autre part, lorsque l'équilibre contractuel est bouleversé par les circonstances imprévisibles et extérieures aux parties **(B)**.

99 Cf. L. Aynès, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », in *La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?* RDC 2016, hors-série, p. 14 ; Ph. Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat : La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? », RDC 2016, hors-série, p. 30 ; S. Pellet, « Le contenu licite et certain du contrat », *Dr. et patr.* 2016, p. 61 ; D. Fenouillet, « Le juge et les causes abusives », RDC 2016, p. 359.

100 COCC, art. 40.

101 C. civ. fr., art. 1110, al. 2.

102 C. civ. fr., art. 1106 et 1168 ; A. Sériaux, « La notion de contrat synallagmatique », in *Le contrat au XXI^e siècle*, Etudes offertes à Jacques Ghestin, *op. cit.*, pp. 777 et s.

103 C. civ. fr., art. 1110, al. 2 ; D. Mazeaud, « La place du juge en droit des contrats », RDC 113e3, 01 juin 2016 n° 2, p. 353.

A.- Le rétablissement de l'équilibre contractuel rompu par les parties

10.- La liberté des parties de déterminer un contenu équilibré du contrat est écartée lorsqu'il ne s'agit pas seulement d'une considération subjective de l'équivalence des prestations. L'exigence de l'équilibre contractuel objectif¹⁰² autorise le juge à redresser le contenu contractuel, en se fondant sur des éléments objectifs¹⁰³. Il mobilise deux techniques spécifiques pour corriger la volonté des parties. Le juge exploite successivement l'amputation des clauses du contenu du contrat **(I)** et la neutralisation des déséquilibres significatifs dans les contrats d'adhésion **(2)**.

1.- L'amputation des clauses contractuelles prévues par les parties

11.- Le juge a la possibilité d'amputer le contenu du contrat des clauses lésionnaires, léonines, abusives ou excessives. En premier lieu, l'équilibre financier du contrat est rompu par les parties lorsqu'elles déterminent le prix de l'échange¹⁰⁴, de telle sorte qu'il existe une disproportion entre les prestations réciproques¹⁰⁵. Le déséquilibre entre le prix et la chose constitue la lésion¹⁰⁶. Celle-ci est admise dans les contrats à titre onéreux de nature commutative¹⁰⁷ pour corriger les

104 C. civ. fr., art. 1108, al. 1er ; Th. Revet, « Les contrats structurellement déséquilibrés », D. 2015, p. 1217.

105 C. civ. fr., art. 1168 à 1170 ; G. Chantepie, « Article 1170 : la lésion », RDC sept. 2015, n° 03, p. 763.

106 COCC, art. 75 : « La lésion résultant du déséquilibre des prestations promises dans le contrat au moment de sa formation n'entraîne pas la nullité ou la rescission du contrat qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi » ; C. civ. fr., art. 1108, al. 1^{er} ; M. Thioye, « Le COCC, un "Code civil des français" sous les tropiques ? », in *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (C.O.C.C.) : cinquante ans après*, *op. cit.*, p. 603

107 F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, p. 341.

inégalités entre les parties¹⁰⁸. Il existe trois régimes de lésion. D'abord, la lésion dans les contrats synallagmatiques, qui est caractérisée par « le défaut d'équivalence des prestations, n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement »¹⁰⁹. Le législateur soumet ainsi le déséquilibre concernant la vente d'immeuble¹¹⁰ et le partage¹¹¹ à des régimes particuliers. D'une part, la vente immobilière est lésionnaire lorsque le vendeur est lésé de plus de sept douzièmes¹¹². Il doit, en principe, s'agir d'un contrat à titre onéreux¹¹³, dans lequel « la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire »¹¹⁴. Une doctrine¹¹⁵ a admis la lésion des contrats aléatoires¹¹⁶. D'autre part, le partage est lésionnaire lorsque « l'un des copartageants établit avoir subi une lésion de plus du quart, le complément de sa part lui est fourni, au choix du défendeur, soit en numéraire, soit en nature »¹¹⁷. La lésion est appréciée en tenant compte de la valeur des objets au jour

du partage¹¹⁸. Ensuite, la lésion est sanctionnée dans les contrats conclus par des incapables¹¹⁹, des majeurs protégés¹²⁰ et des mineurs¹²¹. Il en est de même des actes lésionnaires accomplis par un contractant capable¹²². Enfin, la partie lésée par la lésion doit déclencher une action en rescision pour le redressement du déséquilibre lésionnaire¹²³. Cette action est soumise à diverses modalités de prescription¹²⁴ et de preuve¹²⁵. Si la preuve de la lésion est établie, le juge prononce la nullité de l'acte juridique irrégulier¹²⁶. Cette nullité causée par la lésion est une sanction exceptionnelle¹²⁷ mettant à la charge de la partie bénéficiaire de la lésion qui choisit la rescision l'obligation de payer une compensation financière pour atteindre le prix nécessaire à la remise en équilibre le contrat¹²⁸. Le juge de l'OHADA semble également autoriser indirectement la rescision judiciaire dans la vente

108 Cf. Ch. Jamin, « Quelle nouvelle crise du contrat ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), op. cit., p. 12 ; F. Chénéde, *Les commutations en droit privé*, Thèse Paris 2, éd., 2008, n° 260, p. 240.

109 C. civ. fr, art. 1168 et 1106, al. 1^{er} ; G. Chantepie, « La lésion », *Blog réforme des obligations Dalloz*, 2015.

110 C. civ. fr, art. 1674 ; M. Bourassin, « Incidence de l'ordonnance du 10 février 2016 sur le contenu du contrat de vente immobilière », *Annales des loyers*, 2016, n° 06, pp. 153-167.

111 C. civ. fr, art. 889 ; F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 345.

112 C. civ. fr, art. 1674 ; A. Berg-Moussa, « Le contrôle du prix par le juge fondé sur le déséquilibre significatif », *CCD* 21 déc. 2018.

113 C. civ. fr, art. 1107, al. 1^{er} : « Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure ».

114 C. civ. fr, art. 1169.

115 Cf. N. Dissaus, Ch. Jamin, op. cit., p. 66.

116 C. civ. fr, art. 1108, al. 2 : « Lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes attendus, d'un événement incertain ».

117 C. civ. fr, art. 889.

118 C. civ. fr, art. 889.

119 C. civ. fr, art. 1149, 1151 et 1168.

120 C. civ. fr, art. 1150.

121 C. civ. fr, art. 1149 ; Cass. civ. 1^{re}, 4 nov. 1970, n° 69-12.788 ; *Bull. civ. I*, n° 294 ; P. Mousseron, « Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social », *D.* 2016, p. 906.

122 C. civ. fr, art. 1151.

123 AUDCG, art. 238, al. 1^{er} : « Lorsqu'une clause est ambiguë, la volonté d'une partie doit être interprétée selon le sens qu'une personne raisonnable, de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, aurait déduit de son comportement » ; S. Adjita Akrawati, « L'interprétation de la volonté des parties dans la vente commerciale OHADA », *Penant* n° 841, oct.-déc. 2002, p. 473.

124 C. civ. fr, art. 1152.

125 C. civ. fr, art. 1677 et art. 1678 ; Cass. civ., 3^e, 30 nov. 2017, n° 16-15.597 ; 20 avril 2017, n° 16-12598.

126 C. civ. fr, art. 1178 ; A. Etienne de Sainte Marie, « Les nullités », *Dr. et patr.* 2016, 64.

127 C. civ. fr, art. 1168 : « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ».

128 Cass. civ. 1^{re}, 12 févr. 2008, n° 06-19.204 ; P. Catala (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La doc. fr., 2005, pp. 33-87.

commerciale¹²⁹. En tel cas, il applique les conséquences de la nullité du contrat.

12.- En deuxième lieu, l'équilibre du contrat peut être rompu par la clause exclusive de responsabilité. Les parties ont, en effet, la possibilité d'aménager la responsabilité contractuelle légale¹³⁰. Mais, la clause qui exonère le débiteur d'une obligation de sa responsabilité pour inexécution, exécution tarde ou défectueuse¹³¹ n'est acceptée que si elle ne trouble pas l'équilibre contractuel puisqu'elle doit se limiter aux fautes légères¹³². Le débiteur de l'obligation demeure ainsi responsable de ses fautes lourdes¹³³, qui sont constituées par un manquement à une obligation fondamentale du contrat¹³⁴ ou à une condition essentielle du contrat¹³⁵. En revanche, la clause de non-responsabilité, qui porte sur une obligation

fondamentale, est réputée écrite parce qu'elle rend le contrat inutile¹³⁶. Elle est inopposable au créancier.

13.- En troisième lieu, l'équilibre du contrat peut être rompu par les clauses limitatives de responsabilité abusives¹³⁷. Celles-ci permettent aux parties de plafonner le montant de la réparation du débiteur de l'obligation¹³⁸. Le juge les écarte si elles couvrent les fautes dolosives¹³⁹, lourdes¹⁴⁰, ou dans les hypothèses prévues par des lois spéciales¹⁴¹. La clause qui prévoit une indemnité réparatrice insuffisante¹⁴² est abusive et réputée non écrite. Il en est de même de la clause limitative de réparation qui contredit « la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur »¹⁴³. Elle est réputée non écrite¹⁴⁴ et inopposable à la partie défavorisée. L'éradication¹⁴⁵ permet au juge

129 CCJA, 1ère ch., arrêt n° 064/2005, 22 décembre 2005, *Aff. Sany Quincaillerie C/ Subsahara Services NC*, Rec. CCJA n° 06, 2005, p. 54, Ohadata J-06-39.

130 Cass. com., 17 févr. 2009, *D.* 2009, 1308, note Ph. Delebecque ; Y. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, préf. Ch. Hannoun, LGDJ, 2009, p. 180 ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2012/2013, n° 802.

131 F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 663.

132 Cass. civ. 1^{re}, 12 déc. 1984, *Bull. civ.* I, n° 335, p. 285, *RTD civ.* 1986, 772, obs. J. Huet ; Ph. Jestaz, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges Raynaud*, 1985, pp. 273 et s.

133 Cass. civ. 1^{re}, 21 janv. 2009, *CCC* 2009, n° 94, note Leveneur.

134 Cass. civ. 1^{re}, 15 nov. 1988, *D.* 1989, p. 348, note Delebecque, *RTD civ.* 1990, obs. Jourdain.

135 Cass. civ. 1^{re}, 22 nov. 1978, *JCP* 1979, II, 19139.

136 Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 1996, *Chronopost*, *D.* 1997, 121, note A. Sériaux ; *JCP* 1997, I, 4002, n° 1 ; 22 juin 2004, *RDC* 2005, 270, obs. D. Mazeaud ; C. Larroumet, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *D.* 1997, p. 145.

137 COCC, art. 155 ; C. civ. fr., art. 1231-3 ; S. Carval, « Article 1231-3 : limitation de la responsabilité contractuelle au dommage prévu ou prévisible », *RDC* 2015, p. 790.

138 H. Bitan, « Les clauses limitatives de responsabilité dans les contrats informatiques », *CCE* 2004, chron. 2.

139 Cass. com. 4 mars 2008, *JCP* 2008, II, 10079, note L. Guignard, *RTD civ.* 2008, 490, obs. P. Jourdain ; B. Niang, « L'intention dolosive », in *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (C.O.C.C) : cinquante ans après*, op. cit., p. 483.

140 Cass. civ. 16 mars 1936, *S.* 1936, 1, 05 ; Cass. com. 7 juin 1952, *D.* 1952, p. 651 ; CA Paris, 11 janv. 1996, *D.* 1996, IR, p. 76 (transports de marchandises).

141 F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 670.

142 Cass. civ. 11 avr. 1924, *DH* 1924, 93 ; 7 juin 1952, 113.

143 Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 1996, *Chronopost*, *D.* 1997, 121, note A. Sériaux, *JCP* 1997, I, 4002, n° 1, M. Fabre-Magnan, *Defrénois* 1997, p. 333, obs. D. Mazeaud ; 22 juin 2004, *RDC* 2005, 270, obs. D. Mazeaud.

144 Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 1996, *Chronopost*, *D.* 1997, note A. Sériaux, p. 121 ; Cass. com. 13 févr. 2007, *Bull. civ.* I, n° 43, *JCP* 2007, I, 185, n° 10, obs. Stoffel-Munck ; 5 juin 2007, *D.* 2007, 1720 ; *RDC* 2007, 1121, obs. D. Mazeaud ; Cass. com. 19 mars 2013, *JCP* 2013, p. 705, note G. Pellet ; Y.-M. Serinet, « La descendance ambiguë des Chronopost : l'arrêt Faurecia », *JCP G* 2007, II, 10063 ; D. Mazeaud, « Clauses limitatives de responsabilité : les quatre saisons », *D.* 2008, 17776.

145 S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, Economica, 2006.

de l'écarter¹⁴⁶, tout en maintenant les autres clauses du contrat valables¹⁴⁷. La clause réputée non écrite est amputée du contrat qui demeure valable¹⁴⁸. Cette faute qui résulte de la gravité du comportement du débiteur¹⁴⁹ est admise en cas de faute dolosive¹⁵⁰ et la faute lourde¹⁵¹ prise subjectivement pour écarter la clause restrictive de réparation¹⁵². La clause limitative de réparation qui est réputée non écrite, est celle qui contrarie la portée de l'obligation fondamentale du débiteur¹⁵³.

14.- En quatrième lieu, l'équilibre du contrat peut être bouleversé par la clause pénale qui permet aux parties de prévoir par avance les sanctions de la violation du lien contractuel par un contractant¹⁵⁴. Elle sert, en effet, à fixer les dommages et intérêts plus importants pour forcer le débiteur défaillant de l'obligation à s'exécuter¹⁵⁵. Cette possibilité soumet le juge à la volonté des parties en cas d'inexécution du contrat¹⁵⁶ si

la pénalité n'est pas manifestement excessive¹⁵⁷. À défaut, le juge rééquilibre cette clause¹⁵⁸, en diminuant ou en augmentant¹⁵⁹. La clause pénale manifestement excessive est réputée non écrite¹⁶⁰.

En somme, la liberté contractuelle des parties n'est pas le gage de l'équilibre contractuel. La correction des clauses contractuelles déséquilibrées¹⁶¹ par le juge garantit l'équilibre contractuel. Cet équilibre est également recherché dans la neutralisation du déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion¹⁶².

2.- La neutralisation du déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion

15.- Les contractants peuvent, dans les prévisions du contrat d'adhésion, commettre des injustices au moment de la

146 C. civ., art. 1170 : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite » ; Cass. com. 29 juin 2010, *Faurecia*, *Bull. civ. IV*, n° 115, *JCP* 2010, p. 787, note D. Houtcieff.

147 Cass. com. 9 juin 2002, *D.* 2003, p. 457, note D. Mazeaud ; J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, Thèse Paris I, LGDJ 1999, n° 169, p. 167 ; C. Grimaldi, « La clause portant sur une obligation essentielle », *RDC* 2008, 1095.

148 F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 673.

149 Cass. com. 29 juin 2010, *Sté Faurecia sièges d'Automobiles c/ Sté Oracle France*, n° 09-11.841 ; D. Mazeaud, « Clauses limitatives de réparation : la fin de la saga ? », *D.* 2010, p. 1832 ; L. Bloc, « L'ère post-Chronopost : le retour aux sources », *RCA*, oct. 2010/10, étude 11 ; B. Daille-Duclos, « Clauses limitatives de responsabilité : un nouvel avenir ? », *JCP E* 2010, 1814.

150 Cass. civ. 3^e, 27 mars 2013, n° 12-13.840, *Bull. civ. III*, n° 39 ; Cass. civ. 1^{re}, 31 janv. 2018, n° 16-25.522.

151 Cass. com. 29 juin 2010, n° 09-11.841, *Bull. civ. IV*, n° 115.

152 F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 674.

153 Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 1996, *Chronopost*, *D.* 1997, 121, note A. Sériaux ; *D. aff.* 1996, p. 247, note Ph. Delebecque.

154 COCC, art. 153 et 154 ; C. civ. fr, art. 1231-5 « Lorsque le contrat stipule que celui qui

manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts... » ; D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, préf. F. Chabas, LGDJ, 1992, 448 p. ; Y.-M. Laithier, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *JCP* 25 mai 2015, suppl. au n° 21, p. 47.

155 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 197 ; N. Dissaux, Ch. Jamin, op. cit., p. 143.

156 Cass. com. 3 févr. 1982, *D.* 1982, IR 240, *JCP* 1982, IV, 139 ; C. Brunet, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Thèse dactyl. Paris, 1973 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 677.

157 Cf. D. Mazeaud, « La réduction des obligations contractuelles », *Dr. et patr.* 1998, p. 58 et s.

158 F. Pasqualini, « La révision des clauses pénales », *Defrénois* 1985, p. 769.

159 C. civ. fr, art. 1231-5, al. 2 et 1235-5 ; Cass. civ. 1^{re}, 10 oct. 2018, n° 17-20.441 ; M. Hervieu, « Clause abusive : le relevé d'office est une obligation », *Dalloz-actu-étudiant*, 8 nov. 2018, disponible sur : www.dalloz-etudiant.fr, consulté le 23 déc. 2020.

160 C. civ. fr, art. 1231-5, al. 4 ; A. Sinay-Cytermann, « Protection ou surprotection du consommateur ? », *JCP* 1994, I, 3804, n° 9.

161 M. de Fontmichel, « L'équilibre contractuel des clauses relatives au litige », *JCP G*, n° 21-22, 2 mai 2019, doctr. 583.

162 S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, préf. N. Ferrier, LGDJ, 2021, 888 p.

détermination par l'autonomie de la volonté du contenu contractuel¹⁶³. Ces injustices arrivent rapidement dans les contrats d'adhésion où une partie possède souvent une supériorité économique, ce qui lui permet de priver la partie faible de contrepartie. Pendant longtemps, réservée aux droits spéciaux de la consommation¹⁶⁴ et de la concurrence¹⁶⁵, la neutralisation du déséquilibre significatif a été adoptée par le droit commun des contrats pour assurer l'équilibre du contrat¹⁶⁶. La liberté contractuelle des parties et la force obligatoire du contrat sont, en effet, limitées par l'équilibre contractuel qui résulte non plus des clauses, mais de l'économie générale du contrat¹⁶⁷. Le juge est ainsi légitime à réaliser « l'idéal de la justice commutative »¹⁶⁸ dans le contrat d'adhésion auquel les conditions générales ne sont pas soumises à la négociation des parties puisqu'elles sont déterminées à l'avance par une partie¹⁶⁹. La vie de ce contrat est donnée par le contractant dominant qui doit

« prendre en compte les intérêts légitimes »¹⁷⁰ de la partie adhérente.

16.- Or, la détermination unilatérale, et à l'avance, des conditions générales¹⁷¹ par la partie dominante en l'absence de négociation sont propices à l'abus¹⁷². Le législateur ne définit pas clairement ce qu'il faut entendre par les conditions générales du contrat d'adhésion¹⁷³. Sa nature juridique est d'ailleurs controversée. La doctrine est, en effet, partagée entre sa nature réglementaire¹⁷⁴ et sa nature contractuelle¹⁷⁵. Toutefois, la jurisprudence se penche sur la thèse contractuelle des contrats d'adhésion¹⁷⁶, et législateur la consacre formellement¹⁷⁷. Ce contrat est considéré comme l'expression de la volonté commune des parties¹⁷⁸ et sa force obligatoire s'impose à elle¹⁷⁹.

17.- Cependant, les contrats d'adhésion couvrent désormais des domaines complexes tels que le commerce

163 I. Y. Ndiaye, « Leçon inaugurale : le COCC, cinquante ans après (Regard furtif) », *loc. cit.*, p. 21.

164 C. consom., art. L. 132-1 ; Y. Picod, *Droit de la consommation*, 3^e éd., Sirey, 2015, n° 313 ; Th. Revet, « Les critères du contrat d'adhésion », *D.* 2016, pp. 1771 et s.

165 C. com. fr, art. L. 442-6 ; Y. Auguet, « Les clauses abusives et le droit de la non-concurrence. Vers un droit commun des critères de l'abus de non-concurrence », *Sté lég. comp. (SLC)*, vol. 12, 2013, pp. 111-135.

166 C. civ. fr, art. 1171 ; I. Y. Ndiaye, « Leçon inaugurale : le COCC, cinquante ans après (Regard furtif) », *loc. cit.*, p. 21.

167 N. Dissaux, Ch. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 71.

168 A. Fouillée, *La propriété sociale et la démocratie*, Paris, Hachette, 1884, p. 36.

169 C. civ. fr, art. 1110 ; N. Blanc, « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *RDC* 2018, n° 115h2, p. 20.

170 Cass. civ. 1^{re}, 23 janv. 1996, *D.* 1997, p. 571, note P. Soustelle ; Ph. Le Tourneau, « Existe-il une morale des affaires », in *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien, 1996, pp. 7è et s.

171 C. civ., art. 1119 : « Les conditions invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées. En cas de

discordances entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre de parties, les clauses incompatibles sont sans effet. En cas de discordance entre des conditions générales et des conditions particulières, les secondes l'emportent sur les premières ».

172 J.-S. Borghetti, « Le juge et les clauses abusives : la vision du droit français », in *Le juge et l'équilibre du contrat*, *Actu-Jurisque.fr*, 30 mars 2018, consulté, le 24 avril 2020.

173 C. civ. fr, art. 1119 et C. com. fr, art. L. 441-6.

174 Cf. R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, F. Pichon, 1901, pp. 229 et s. ; L. Duguît, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1912, p. 115.

175 Cf. L. Josserand, « Aperçu général des techniques actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.* 1937, n° 5.

176 Cass. civ. 1^{re}, 18 janv. 1982, *JCP* 1984, II, 20215, note F. Chabas.

177 C. civ. fr, art. 1110 ; N. Dissaux, Ch. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016)...*, *op. cit.*, 2016, p. 13.

178 F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, p. 224

179 Cass. civ. 1^{re}, 19 janv. 1982, *JCP* 1984, II, 20215.

de l'eau, de l'électricité, du gaz, des nouvelles techniques de l'information et de la communication, des assurances, des transports et des produits bancaires auxquels la liberté contractuelle du consommateur ne lui permet pas véritablement de se protéger contre la domination de l'opérateur professionnel¹⁸⁰. Ces contrats étant devenus « entre les mains de puissants suzerains commerciaux et industriels, le moyen d'imposer un nouvel ordre féodal au sein de la société »¹⁸¹, l'intervention du juge permet de neutraliser les déséquilibres significatifs qui sont créés par des clauses abusives.

18.- En effet, la détermination unilatérale du contenu du contrat d'adhésion n'autorise pas à la partie forte de commettre des abus car elle est tenue par « l'exigence de bonne foi »¹⁸². Elle doit agir avec loyauté. Son comportement doit être cohérent avec la confiance que lui accorde l'adhérent¹⁸³. S'il se crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, le juge doit le juguler¹⁸⁴. Cependant, les critères de qualification du déséquilibre significatif ne sont pas simples¹⁸⁵, notamment en raison de la valeur contractuelle du contrat d'adhésion et de sa force obligatoire liant la partie adhérente qui écarterait l'intervention du juge. Mais le législateur accepte qu'il

neutralise les déséquilibres significatifs entre les droits et les obligations des parties¹⁸⁶.

19.- Il est, en effet, prescrit que « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation »¹⁸⁷. L'office de juge est ici légalement encadré.

Il est, d'abord, autorisé à neutraliser la clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties¹⁸⁸. La limitation de son intervention exprime l'idée que la finalité de l'équilibre contractuel n'est pas la perfection du contenu du contrat, mais sa modération¹⁸⁹. Le contenu du contrat doit être harmonieux¹⁹⁰. Il n'est pas exigé une équivalence absolue des prestations ou des droits et obligations des parties¹⁹¹. La clause qui déséquilibre significativement les droits et obligations des parties est généralement une clause abusive¹⁹², telle qu'elle a longtemps été conçue par la jurisprudence commerciale¹⁹³. Mais le déséquilibre

180 J.-Y. Choley, *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion*, Thèse, Aix-en-Provence, 1975.

181 Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *loc. cit.*, p. 268.

182 D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité ; la nouvelle devise contractuelle ? », *loc. cit.*, p. 613.

183 B. Fages, *Le comportement du contractant*, PUAM 1997, n° 592 et s.

184 Y. Auguet, « L'équilibre contractuel dans le Code civil », *village-justice.com*, 1^{er} déc. 2017, consulté le 28 avril 2020.

185 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 18 sept. 2013, n° 12/03177, *Galec* (Les juges ont, en effet, indiqué que « ces règles peuvent inspirer l'application de l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce ») ; CA Paris, pôle 5, ch. 5, 23 mai 2013, n° RG 12/01166, *Ikea Supply Chain*, n° 12/01166, *JurisData* n° 2013010560.

186 C. civ. fr, art. 1171.

187 C. civ. fr, art. 1171.

188 F. Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1954, rééd., t. 2, n° 173.

189 L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, *op. cit.*, p. 553.

190 L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, *op. cit.*, pp. 553 et s.

191 S. Sanz, « La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale », *RTD civ.* 1977, pp. 273-274.

192 M. Chagny, « La généralisation des clauses abusives », in Ph. Stoffel-Munck (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 47 ; F. Bicheron, « N'abusons pas de la clause abusive », in *La réforme du droit des contrats*, *Gaz. Pal.* 2015, n° 120, p. 24 ; R. Boffa, « Juste cause (et injuste cause) », *D.* 2015, p. 335.

193 Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *D.* 2015, 1021, obs. F. Buy ; D. Fenouillet, « Le juge et les clauses abusives », *RDC* 2016, p. 359.

significatif, seuil à compter duquel le juge doit agir, n'est pas facile à déterminer¹⁹⁴.

Il est, ensuite, autorisé à n'intervenir que sur le déséquilibre significatif des droits et obligations des parties et non sur l'objet principal du contrat ou sur l'adéquation du prix à la prestation¹⁹⁵. Cette limitation du domaine d'appréciation de l'abus s'accommode aux contrats d'entreprise¹⁹⁶, alors que la généralité du droit des contrats devrait exclure cette limitation afin que la lutte contre les clauses abusives puisse notamment considérer la lésion comme une « cause générale de nullité des contrats »¹⁹⁷.

Il est, enfin, permis au juge de sanctionner la clause abusive qui déséquilibre significativement le contrat par le réputé non écrit¹⁹⁸. Cette sanction permet l'éradication de la clause litigieuse du contrat¹⁹⁹, sans qu'il y ait une incidence sur les autres clauses du contrat. L'extirpation judiciaire de la clause litigieuse rééquilibre le contrat qui est en conséquence maintenu. Toutefois, l'éradication d'une clause entraîne la nullité du contrat si elle est fondamentale dans l'économie du contrat ou si les parties avaient contractualisé sa nullité en cas d'éradication par le juge²⁰⁰.

20.- L'épuration judiciaire des clauses abusives favorise « la justice contractuelle et le nécessaire respect de la sécurité juridique »²⁰¹. Si l'office du juge le conduit à l'interprétation du contrat²⁰², il ne doit pas dénaturer les clauses claires et précises²⁰³, car la force obligatoire du contrat et l'autonomie de la volonté des parties priment dans cette hypothèse sur le pouvoir modérateur du contrat du juge²⁰⁴. En réalité, les mécanismes de neutralisation des déséquilibres contractuels sont variés, mais le réputé non écrit et l'aménagement du prix sont privilégiés parce qu'ils visent le « maintien de l'acte »²⁰⁵. Le contrôle de l'intervention du juge du fond par le Cour de cassation²⁰⁶ doit dissiper les craintes sur son arbitraire. Il n'est pas impossible que le juge fasse un contrôle objectif de l'équivalence des prestations. Mais, la crainte doit se tourner du côté de la Cour de cassation qui en apprécie la question de fait, en la matière, au risque d'introduire une dose d'arbitraire²⁰⁷. Au total, l'office du juge ne permet pas seulement de rétablir l'équilibre du contrat rompu par la volonté des parties, il rétablit également l'équilibre bouleversé par les circonstances extérieures.

194 N. Dissaux, Ch. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve des obligations*, op. cit., p. 71.

195 Cette limitation est également inscrite à l'article L. 212-1 du Code de la consommation.

196 N. Dissaux, Ch. Jamin, op. cit., p. 71.

197 N. Dissaux, Ch. Jamin, op. cit., p. 72.

198 C. civ. fr, art. 1170 : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite » ; Cass. com., 22 oct. 1996, *Chronopost*, n° 93-18.632 ; 29 juin 2010, *Faurecia II*, n° 09-11.841 ; *RDC* 2010, 1220, obs. Y.-M. Laithier.

199 S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, Thèse Paris II, éd., 2006, pp. 84 et s. ; A. Posez, *L'inexistence du contrat. Un autre regard sur sa formation*, Thèse Paris 2, 2010, 751 p.

200 N. Dissaux, Ch. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve des obligations*, op. cit., p. 72.

201 F.X. Testu, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP* 1993, I, 3673.

202 C. civ. fr, art. 1188, 1189, 1190 et 1191 ; J. Richard de la Tour, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2016, p. 392..

203 C. civ. fr, art. 1192 ; Cass. sect. réun., 8 févr. 1808, *Lubert*, *Jurispr. gén. Dalloz*, v° cassation, n° 1573, concl. Merlin ; Cass. civ. 3°, 20 avr. 2017, n° 16-13.462 ; Ph. Simler, « Actualité : Réforme du droit des obligations (Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016) », *J.-Cl. Com.*, fasc. n° 27, 2016.

204 M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, 2001, p. 75.

205 C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », loc. cit., 1997, p. 357.

206 J. Boré, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.* 1972, p. 249.

207 J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *Les effets du contrat*, 3° éd., LGDJ, 2001, n° 25.

B.- L'équilibre bouleversé par les circonstances extérieures

21.- L'équilibre du contrat peut être bouleversé, au stade de l'exécution, par des circonstances extérieures et imprévisibles au moment de la conclusion du contrat. Mais, la force obligatoire du contrat²⁰⁸ a, pendant longtemps, empêché le juge de rétablir l'équilibre du contrat sur le fondement de ces circonstances²⁰⁹ pour garantir la sécurité contractuelle²¹⁰. Cependant, le rejet de l'imprévision en droit des contrats²¹¹ a finalement été abandonné²¹² pour permettre au juge de réviser le contrat déséquilibré²¹³. Il doit tenir compte des circonstances caractéristiques de l'imprévision **(I)** avant d'opérer la révision du contrat²¹⁴ **(2)**.

1.- Les circonstances caractéristiques de l'imprévision

22.- L'économie du contrat, déterminée par les parties en fonction des circonstances factuelles et temporelles au moment de la conclusion du contrat²¹⁵, peut

être bouleversée par un changement²¹⁶ de circonstances imprévisibles qui rendent l'exécution de la prestation excessivement onéreuse pour la partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque. Trois éléments sont nécessaires à la qualification de l'imprévision susceptible de troubler l'équilibre du contrat.

23.- D'abord, l'imprévision nécessite l'existence des circonstances déterminantes du changement imprévisible. Elles sont des « particularités qui accompagnent un fait »²¹⁷ ou « les choses du moment actuel »²¹⁸. La notion de circonstances est extensivement appréciée. Elle intègre les circonstances de nature économique²¹⁹ qui couvrent la variation des matières premières, l'inflation monétaire, la transformation de l'offre et de la demande sur le marché, la création des nouveaux marchés. Au regard

208 C. civ. fr, art. 1103 (art. 1134 anc.) ; Ch. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat (...) ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », *Dr. et patr.* mars 1998, p. 45 ; M. Adamou, « La révision judiciaire du contrat consécutive à une clause d'imprévision », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, supplément au n° 34, 2015, p. 5 ; M. Mekki, « Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision », *JCP N* n° 3, 2017, p. 155.

209 Cass. civ. 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, *D.* 1876, 1, 193, note Giboulot.

210 Cass. civ. 3^e, 18 mars 2009, n° 07-21.260, *Bull. civ. I*, n° 64 ; *RDC* 2009, 1358, obs. D. Mazeaud : « Le juge refuse la révision du loyer d'un bail qui avait été fixé en considération des services rendus par le locataire au bailleur et celui-ci étant par la suite décédé ».

211 Les juges administratifs (CE, 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*, n° 59.928, Rec. Lebon) et social (Cass. soc. 25 févr. 1992, n° 89-41.634, *Dr. soc.* 1992, p. 573, A. Lyon-Caen : « L'employeur avait le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi ») admettaient déjà l'imprévision »).

212 Cf. H. Lalou, « La révision des contrats par le juge en droit français », in *La révision des contrats par le juge*, *Sté lég. comp., loc. cit.*, pp. 45 et s.

213 C. civ. fr, art. 1195 ; A. Bénabent, L. Aynès, « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », *D.* 2016, p. 434 ; Th. Revet, « Le juge et la révision du contrat », *RDC*, 2016, p. 373.

214 H. Barbier, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016, p. 247.

215 N. Dissaux, C. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations...*, *op. cit.*, p. 95.

216 Avant-projet d'acte uniforme relation au droit général des obligations, art. 160, 161 et 162.

217 E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette, 1874, v° « Circonstance », sens 1.

218 E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette, 1874, v° « Circonstance », sens 4 ; M. Mekki, « De l'imprévisible changement de circonstances à l'impossible immixtion du juge ?, Analyse du nouvel article 1195 du Code civil », *BRDA* 10/16, n° 6.

219 Avant-projet d'AUDGO, art. 161 ; V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, Thèse, PUAM, 2000, n° 65 ; G. Chantepie, *La lésion*, Thèse Paris 1, 2005, n° 300 ; M. Mekki, « Hardship et révision des contrats I. Quelle méthode au service d'une harmonisation des droits », *JCP G* 2010, p. 1219, n° 2.

du droit OHADA²²⁰ et du droit français²²¹, les circonstances économiques imprévisibles²²², qui peuvent conduire un débiteur à la cessation des paiements²²³, sont susceptibles d'occasionner l'ouverture d'une procédure collective²²⁴. Celle-ci soumet les contrats à des dispositions spéciales²²⁵ semblables à celles d'un « état d'urgence »²²⁶. Le juge prend ainsi en considération cette situation de l'entreprise pour solliciter aux créanciers les délais de paiement et les remises de dette²²⁷, en écartant l'immutabilité du contrat²²⁸. Les créanciers sont ainsi solidaires du débiteur afin qu'il ne supporte pas seule la charge définitive de la dette²²⁹ pour que le lien contractuel se maintienne²³⁰. Le débiteur lésé par l'imprévision est traité comme la victime d'un accident²³¹. Cette approche ressort ainsi les tensions entre les fonctions

du droit des contrats : parfois il recherche la justice commutative²³², parfois il recherche la justice distributive²³³.

Cependant, les circonstances qui sont prises en considération doivent être imprévisibles au moment de la conclusion du contrat²³⁴. Il est admis que les parties peuvent, de façon supplétive²³⁵, prévoir dans une clause les circonstances dans lesquelles elles sont amenées à renégocier leur contrat et à le modifier²³⁶.

Toutefois, le changement imprévisible du contrat ne se limite pas aux circonstances économiques parce qu'il n'existe pas une liste circonstanciée des circonstances imprévisibles. Leur domaine d'application est donc ouvert aux évolutions liées à l'environnement financier, monétaire, commercial, politique, diplomatique,

220 AUPC, 10 sept. 2015, art. 2, art. 5-1 et s. ; F. M. Sawadogo, « Acte uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif commenté », in *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, *Jurisclope*, 2016, pp. 1113 et s.

221 C. com. fr, art. 620-1 à 627-4.

222 H. D. Modi Koko Bebey, « La force obligatoire du contrat à l'épreuve du droit des procédures collectives de l'OHADA », in *L'obligation, Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard Pougoué*, L'Harmattan-Cameroun 2015, p. 490.

223 F. M. Sawadogo, *Droit des entreprises en difficulté*, Bruylant, 2002, n° 3, p. 2 ; P. Y. Berard, « Droit de l'OHADA-Procédures collectives, Le nouvel Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », *Banque*, avril 2016, n° 795, p. 75.

224 Il s'agit de la procédure conciliation (AUPC, art. 5-1), le règlement préventif (AUPC, art. 6), le redressement judiciaire (AUPC, art. 33) et la liquidation des biens. Cf, B. Thullier, « La réforme du droit commun des contrats et les contractants du débiteur en procédure collective », *BJE* mai 2017, n° 114r4, p. 240, spéc. n° 12.

225 W. D. Kabré, « Le dérèglement de la force obligatoire du contrat par les procédures collectives en droit OHADA », in *Mélanges en l'honneur du Professeur F. M. Sawadogo*, éd., CREDIJ, 2018, p. 596.

226 Y. Guyon, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », *Etudes offertes à J. Ghestin*, op. cit., p. 405.

227 AUPC, art. 15, al. 5 ; art. 120, art. 125, art. 134 ; P. Kane Ebanga, « La nature juridique du concordat du redressement judiciaires dans le droit des affaires OHADA », *Juridis*, n° 50, p. 109.

228 W. D. Kabré, « Le dérèglement de la force obligatoire du contrat par les procédures collectives en droit OHADA », *loc. cit.*, pp. 604 et s.

229 D. Mazeaud, « La réduction des obligations contractuelles », *loc. cit.*, p. 59.

230 Cf, Y. Guyon, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », *loc. cit.*, p. 412.

231 L. Cadiet, « Une justice contractuelle, l'autre... », *loc. cit.*, p. 198.

232 La justice commutative est le dénominateur commun de la justice distributive et de la justice corrective, l'étalon qui permet d'établir l'égalité entre des choses dissemblables, la commune mesure. Il doit y avoir équivalence entre le besoin ressenti et la valeur attribuée, que cette attribution ait lieu au titre de la justice distributive ou au titre de la justice corrective (L. Cadiet, « Une justice contractuelle, l'autre... », *loc. cit.*, p. 185).

233 A. Sériaux, *Droit des obligations*, 2^e éd., PUF, 1998, n° 228.

234 C. civ. fr, art. 1195 ; Ph. Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, Hors-série, p. 148.

235 Cf, A. El Mejri, « La théorie de l'imprévision et les contrats aléatoires », *RLDC* juin 2017, n° 149, pp. 11-15.

236 C. com., art. L. 442-6, 1^{er} et C. com., art. L. 441-8 ; A. Fortunato, « Les circonstances de la révision du contrat (A propos du nouvel article 1195 du Code civil) », *LPA* 11 janv. 2018, n° 130q7, p. 6.

militaire, juridique, etc²³⁷. Les changements climatiques, politiques et les guerres civiles qui s'accumulent rendraient propice l'imprévision. Il en est de même des crises sanitaires²³⁸ ou des évolutions numériques et technologiques²³⁹.

24.- Ensuite, l'équilibre du contrat est remis en cause par l'imprévision si l'exécution du contrat est devenue excessivement onéreuse pour une partie²⁴⁰. Cependant, il n'est pas exigé que la contrepartie de l'obligation de l'autre soit équivalente en valeur²⁴¹. L'onérosité du contrat²⁴² est constituée par les difficultés dans l'exécution de la prestation. L'excès doit donc être significatif, sans pourtant qu'il ne rende l'exécution du contrat impossible²⁴³. L'impossibilité de l'exécution du contrat peut constituer un cas de force majeure, susceptible d'engendrer la résiliation du contrat à durée indéterminée²⁴⁴. En revanche, si le contrat est à durée déterminée²⁴⁵, l'impossibilité d'exécution du contrat peut entraîner sa rupture anticipée²⁴⁶. Ainsi, la rupture de l'équilibre du contrat se caractérise soit par

l'augmentation du coût de l'exécution des obligations, soit par la diminution de la valeur de la contre-prestation²⁴⁷. La conséquence des circonstances imprévisibles peut être la dévalorisation de la créance et d'alourdissement de la dette²⁴⁸. Il doit y avoir un manque de gain de la partie lésée par rapport à l'avantage qu'elle a procuré à la partie bénéficiaire. En ce sens, le pouvoir que le droit OHADA accorde au juge, dans le cadre d'un contrat de bail²⁴⁹, de déterminer de façon discrétionnaire le nouveau montant du loyer en tenant compte des circonstances du moment, en cas de désaccord entre le bailleur et le preneur pendant le renouvellement du contrat²⁵⁰ permet de rétablir l'équilibre du contrat.

25.- Enfin, l'équilibre du contrat est rompu par les circonstances extérieures aux parties si la partie lésée avait, au moment de la conclusion du contrat, refusé d'assumer le risque de changement imprévisible²⁵¹. La clause d'acceptation du risque, connue des droits anglo-saxons sous l'appellation de *hardship*²⁵², permet aux parties d'empêcher toute renégociation, adaptation ou révision

237 Th. Revet, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, n° 113g6, p. 373.

238 À l'instar du Coronavirus (COVID-19). Cf, J. Heinich, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *D.* 2020 p. 611.

239 Cf, Y. Cohen-Adria, « Blockchain : révolution ou évolution ? », *D.* 2016, p. 537.

240 C. civ. fr, art. 1195, al. 1^{er} ; Avant-projet d'AUDGO, art. 161 : « Il y a bouleversement des circonstances lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre prestation ait diminué (...) ».

241 Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 2008, *RDC* 2008, p. 1133, os. D. Mazeaud.

242 C. civ., art. 1195, al. 1^{er}.

243 N. Dissaux, Ch. Jamin, *op. cit.*, p. 95.

244 C. civ., art. 1211 : « Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable ».

245 C. civ., art. 1212 : « Lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, chaque partie

doit l'exécuter jusqu'à son terme. Nul ne peut exiger le renouvellement du contrat ».

246 Cf, J. Beauchard, « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Libre droit*, Mélanges Ph. Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 37:

247 Avant-projet d'AUDGO, art. 161.

248 Ph. Stoffel-Munck, « La réforme en pratique : La résiliation pour imprévision », *loc. cit.*, p. 263.

249 AUDCG, art. 117.

250 AUDCG, art. 117 ; CCJA, 1^{re} ch., arrêt n° 056/2016, 21 avril 2016, *Affaire Monsieur Dalquier Maurice et consorts C/ Monsieur Koudou Dago*, in *OHADA, Traité, Actes Uniformes, Règlements de Procédure et d'Arbitrage, Jurisprudence Annotée, Code bleu, op. cit.*, p. 219.

251 C. civ. fr, art. 1195 ; Avant-projet d'AUDGO, art. 161 et 162 ; G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 525.

252 Cf, X. Lagarde, « Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats », *D.* 2005, p. 2745 ; A. Raynouard, A.-J. Kerhuel, « L'évolution des systèmes juridiques au cœur de la tourmente », *D.* 2010, p. 2928.

du contrat en cas de changement de circonstances imprévisibles qui déséquilibre l'économie du contrat²⁵³. La contractualisation de cette clause impose que les parties supportent les conséquences de l'imprévision au bénéfice de laquelle elles ont renoncé par anticipation. Elles contractualisent l'injustice que peut créer l'imprévision, alors le législateur les protège à travers l'intervention du juge. La présence de cette clause dans un contrat commutatif²⁵⁴ le transforme en une sorte de contrat aléatoire dont les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, [quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront] d'un événement incertain²⁵⁵. Or, le juge dispose désormais du pouvoir de rééquilibrer le contrat déséquilibré par l'imprévision²⁵⁶. Il n'exerce ce pouvoir que s'il n'existe pas une clause d'acceptation du risque de changement imprévisible²⁵⁷. Son intervention permet de restaurer l'équilibre initialement défini par les parties au moment de la conclusion du contrat.

2.- Le rétablissement de l'équilibre contractuel initial

26.- La survenance des circonstances imprévisibles dont les parties n'avaient pas la maîtrise à la formation du contrat ne

conduit pas automatiquement à la disparition du contrat. Le législateur français a prévu que les parties ont préalablement le pouvoir de renégocier leur contrat. Si elles n'arrivent pas à adapter le contrat, elles peuvent solliciter l'intervention du juge.

27.- Dans un premier temps, le rétablissement de l'équilibre du contrat déséquilibré par le changement imprévisible des circonstances²⁵⁸ passe par la voie de la renégociation des parties²⁵⁹. Le contractant lésé doit donc solliciter de la partie bénéficiaire cette renégociation du contrat²⁶⁰. L'assujettissement des parties à la renégociation aux obligations de bonne foi²⁶¹ et de coopération²⁶² incite à l'adaptation du contrat²⁶³. Ainsi, les manœuvres dilatoires et les refus abusifs de renégocier peuvent être sanctionnés. Toutefois, la renégociation du contrat ne produit aucun effet sur le contrat initial et la partie débitrice de l'obligation demeure tenue en dépit de l'onérosité excessive de l'exécution²⁶⁴. Or, la survenance des circonstances imprévisibles pouvait avoir comme conséquence la suspension du contrat à l'image de ce qui se concrétise en droit du travail²⁶⁵. Cependant, si la renégociation se termine par un accord, les parties sont tenues selon le nouveau contenu

253 J. Moury, « Avant-propos », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2011, 3e partie, Etude : Le risque*, Bull. d'inf. Cour de cass., www.courdecassation.fr.

254 C. civ. fr, art. 1110, al. 1^{er}; F. Chénéde, « Les classifications des contrats, *Dr. et patr.* mai 2016, p. 48.

255 C. civ. fr, art. 1108, al. 2.

256 C. civ. fr, art. 1195; L. Aynès, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », *loc. cit.*, p. 14.

257 J. Moury, « Avant-propos », *loc. cit.*, www.courdecassation.fr.

258 N. Molfessis et alii, « Juge : clarification vertueuse dans le cadre de la réforme du droit des contrats », *JCPG* 2017, n° 24, 12.

259 C. civ. fr, art. 1195; S. Bissaloué, *La renégociation contractuelle en droit français et en droit OHADA*, Thèse Univers. Aix-Marseille 2016, n° 11 et s.

260 Avant-projet d'AUDGC, art. 162 : « En cas de bouleversement des circonstances, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations.

La demande doit être faite sans retard injustifié et être motivée. La demande ne donne pas, par elle-même, à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations (...) ».

261 C. civ. fr, art. 1112 : « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi »; art. 1104 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi »; P. Mousseron, « Conduite des pourparlers contractuels et responsabilité civile délictuelle », *RTD com.* 1998, p. 244; B. Puig, « La phase précontractuelle », *Dr. et patr.* mai 2016, p. 52.

262 Cf, M. Mekki, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance », *D.* 2015, p. 816.

263 Cf, L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, *op. cit.*, p. 459, n° 801.

264 C. civ. fr, art. 1195.

265 G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail*, 32^e éd., Dalloz, 2018, p. 440.

du contrat. En revanche, s'il y a « refus ou échec de renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat »²⁶⁶. Il n'est pas exclu qu'elles contractualisent un mode alternatif de règlement du déséquilibre contractuel²⁶⁷ résultant des circonstances imprévisibles

28.- Dans un second temps, l'équilibre contractuel désorganisé par l'imprévision n'est restauré par le juge que si les parties ne trouvent pas d'accord à la suite de la renégociation du contrat²⁶⁸. Le juge rééquilibre le contrat par l'adaptation, la révision ou la résiliation du contrat²⁶⁹.

D'abord, le juge peut adapter le contrat déséquilibré par le changement imprévisible des circonstances si les deux parties contractantes lui adressent une demande parce qu'il y a eu refus ou échec de renégociation²⁷⁰. Les parties jugent ainsi de l'opportunité de l'intervention du juge car la demande de son intervention n'est que facultative²⁷¹. Cette demande étant subordonnée au refus et à l'échec de la renégociation, il n'est pas certain que les parties qui n'ont pas pu rompre le déséquilibre excessif de leurs prestations mutuellement soient disposées à effectuer une demande commune, afin que le juge

adapte le contrat. Les actions en justice aux fins d'adaptation des contrats pourraient ainsi soit se multiplier soit être limitées. Elles pourraient se multiplier s'il existe un refus systématique de renégocier de la partie créancière de l'imprévision. En revanche, elles seront limitées si le refus ou l'échec de renégociation résulte des éléments objectifs car les parties ne trouveront pas un intérêt à agir en justice. Mais le juge saisi doit, dans son office de réfaction du contrat²⁷², vérifier non seulement le refus ou l'échec de renégociation, mais également les conditions d'application du changement imprévisible des circonstances de l'exécution du contrat. Cette approche, rejetée par un auteur²⁷³, correspond le mieux au mécanisme d'adaptation du contrat de droit commun. Le défaut d'appréciation de ces conditions généraliserait le mécanisme.

Ensuite, le juge peut être saisi d'une demande de révision par une seule partie²⁷⁴. Cette demande facultative de révision permet d'assurer la survie du contrat²⁷⁵. L'office du juge vise ici la sauvegarde du contrat²⁷⁶. À cet égard, le rôle du juge ne doit

266 C. civ. fr, art. 1195 et C. civ. fr, art. 1193 : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise » ; E. Montcho Agbassa, « Le favor contractus et le droit OHADA », *Rev. Togol. des sc. jur.* n° 0003, 2012, p. 42 ; O. Deshayes, « Les effets du contrat entre les parties », *JCP* 25 mai 2015, suppl. au n° 21, p. 43.

267 Cf. S. Amrani-Mekki, K. Haeri, F. Vert, « Gérer le contentieux en évitant le juge », *JCP E* 2016, p. 37 ; C. Minet-Letalle, « La médiation intra-entreprise. L'exemple des conflits de travail », *Cahiers de dr. entrepr.*, mai 2016, n° 3, dossier 19, p. 4 ; S. Guichard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile*, Paris, 33^e éd., Dalloz, 2018, p. 1671.

268 C. civ. fr, art. 1195, al. 2 ; Avant-projet d'AUDGO, art. 162 : « Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le président de la juridiction compétente. Le président qui conclut à l'existence d'un cas de bouleversement des circonstances peut, s'il l'estime raisonnable : - mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; - ou adapter le contrat en vue

de rétablir l'équilibre des prestations » ; A. Chatain, J.-Ph. Erb, « Les conséquences de la réforme du droit des contrats sur l'intervention du juge », *Sem. jur. - Entrepr. et Aff.*, n° 18, 4 mai 2017.

269 C. civ. fr, art. 1195, al. 2.

270 C. civ. fr, art. 1195, al. 2.

271 N. Molfessis, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP* 2015, n° 1415.

272 K. de la Asuncion Planes, *La réfaction du contrat*, LGDJ, 2006.

273 N. Molfessis, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *loc. cit.*, n° 1415.

274 C. civ. fr, art. 1195, al. 2.

275 N. Molfessis, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *loc. cit.*, n° 1415.

276 Cf. D. Philippe, « Le juge et la révision du contrat : le bouleversement de l'économie contractuelle », in *Le juge et le contrat, la Charte*, 2014 (www.philippelaw.eu), consulté le 22 déc. 2020.

pas être décrié²⁷⁷, mais préféré et renforcé²⁷⁸. Le juge solde, au demeurant, de façon équilibrée le contrat originel²⁷⁹.

Enfin, la demande par une partie contractuelle au juge de résilier le contrat²⁸⁰ est considérée comme un moyen de garantir l'équilibre contractuel. Dans son intervention, le juge détermine la date et les conditions de l'extinction du contrat. Disposant du pouvoir de remonter le temps pour saisir le moment où le déséquilibre est survenu dans le contrat, le juge doit définir la responsabilité des parties et, attribuer éventuellement des indemnités à la partie qui subit un préjudice à la fin du contrat²⁸¹. Il faut bien rappeler que dans cette hypothèse, la partie qui bénéficie de la réparation n'est pas forcément celle dont l'exécution du contrat a été rendue excessivement onéreuse par le changement des circonstances. Par ailleurs, le pouvoir du juge d'équilibrer le contrat est limité si la renégociation, la demande d'adaptation ou de révision du contrat n'ont pas abouti²⁸². Ainsi, l'interrogation qui a été relevée par un auteur : « Faut-il avoir peur du juge ? »²⁸³ par rapport à son pouvoir de révision pour imprévision connaîtra une réponse négative car le juge occupe une place subsidiaire dans

l'application de la théorie de l'imprévision du droit des contrats. La limitation de l'office du juge renforce l'autonomie de la volonté qui l'empêche de prendre part principalement au contrat. Son rôle complémentaire, mesuré dans la révision du contrat, donnerait à la doctrine solidariste qui considère la révision pour imprévision comme une « soupape de sécurité pour la partie en situation de faiblesse »²⁸⁴ le sentiment de déception à cause de ses effets limités. Le respect de l'autonomie de la volonté a pour conséquence la disparition du contrat puisque le juge ne peut procéder à l'adaptation ou à la révision du contrat si la partie demande la résiliation pour imprévision. Toutefois, il a le pouvoir d'imposer l'équilibre du contrat au-delà de la volonté des parties.

II.- L'équilibre contractuel imposé par le juge

29.- Le contrat créé par la rencontre de volonté des contractants²⁸⁵ devait être la seule source d'obligations puisqu'aucune volonté extérieure ne pouvait s'interférer. Il devait être une loi des parties irrévocable²⁸⁶

277 M. Almeida Prado, « Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe », *RIDC* 4-2010, p. 863.

278 Cf. N. Ferrier, « Le renforcement du rôle du juge dans la détermination et la révision du contrat », in R. Schulze, G. Wicker, G. Masch, D. Mazeaud (dir.), *La réforme du droit des obligations en France*, 5e journées franco-allemandes, SLC 2015, p. 74.

279 Cf. N. Ferrier, « Le renforcement du rôle du juge dans la détermination et la révision du contrat », *loc. cit.*, p. 74.

280 C. civ. fr., art. 1195, al. 2.

281 Cf. Ph. Stoffel-Munck, « La réforme en pratique, la résiliation pour imprévision », *AJCA* juin 2015, n° 262.

282 Y. Picod, « L'imprévision contractuelle », in *La réforme du droit des contrats, 1^{re} journée Cambacérès*, Faculté de droit et de science politique de Montpellier, 2015, pp. 165 et s.

283 Ch. Gijsbers, « Faut-il avoir peur du juge ? Serait-ce plus dangereux de laisser main libre à une compagnie pétrolière ? », *Colloque de la Revue des contrats*, 23 mars 2017.

284 N. Molfessis, in *Colloque sur la réforme du droit des contrats : incidence sur la vie des affaires*, Lyon, 24 mars 2017.

285 C. civ. fr., art. 1101 ; Y. Lequette, « La notion de contrat », *RTD civ.* 2018, p. 541.

286 COCC, art. 96 : « Le contrat légalement formé crée entre les parties un lien irrévocable » ; C. civ. fr., art. 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » ; J. Ghestin, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP* 1992, I, 3628 ; C. Thibierge-Guelfucci, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ.* 1994, p. 275 ; J. Ghestin, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ.* 1994, p. 777 ; J.-P. Chazal, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 du Code civil », *D.* 2001, chron. p. 901 ; L. Aynès, « Le contrat, la loi des parties », *Cah. cons. const.* n° 17, (Dossier : Loi et contrats), mars 2005, consulté le 23 déc. 2020 ; Y. Gaudemet, « Loi et contrat », *Cah. cons. const.*, n° 17, (Dossier : Loi et contrat), mars 2020, consulté le 23 déc. 2020.

dès lors qu'elle respecte l'ordre public²⁸⁷. Or, le langage est un « véhicule imparfait de la pensée »²⁸⁸ des parties, ce qui conduit le juge à interpréter le contrat en donnant un sens à la clause obscure²⁸⁹. Lorsque les parties n'ont pas également prévu de solution à une difficulté à naître ou lorsque la prévision est insuffisante par rapport aux impératifs sociaux²⁹⁰, le juge complète le contenu obligationnel du contrat²⁹¹ parce qu'il prend la direction du contrat pour rétablir l'équilibre²⁹². Le juge a ainsi le pouvoir d'aller au-delà de la volonté pour adapter le contrat (A) qui bénéficie des fondements légitimant son intervention (B).

A.- Le contenu du contrat déterminé par le juge

30.- La liberté contractuelle se caractérise par le pouvoir reconnu aux parties de déterminer elles-mêmes le contenu de leur contrat²⁹³. Elles ne devaient

être tenues que d'obligations voulues et conformes à l'ordre public²⁹⁴ et à la morale²⁹⁵. Mais, l'autonomie de la volonté des parties a des insuffisances. Le juge n'est plus entièrement « le serviteur de la volonté des parties »²⁹⁶. Il détermine, ainsi, de deux manières le contenu contractuel afin de protéger l'intérêt général²⁹⁷ ou les intérêts privés²⁹⁸ en cause. D'une part, le juge intervient pour combler les lacunes du contrat en cas d'insuffisance (1). D'autre part, son intervention permet de créer des obligations nouvelles en cas de silence du contrat (2).

1.- Le comblement des lacunes du contrat par le juge

31.- Les rapports entre le juge et le contrat ne se limitent plus seulement à l'interprétation des clauses obscures du contrat pour leur donner une signification précise²⁹⁹. Le juge n'est plus

287 C. civ. fr., art. 1102 : « La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

288 F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 495.

289 COCC, art. 99, 101 et 102.

290 P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Paris, Dalloz, 2018, p. 193.

291 C. civ. fr., art. 1135 anc. ; P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

292 A. Gougeon, « L'intervention du tiers à la formation du contrat », <https://www.tel.archives-ouvertes.fr>, consulté le 24 déc. 2019.

293 Le contenu du contrat est le contenant des anciennes notions d'objet et de cause du contrat, voir C. Grimaldi, « Juste cause (et injuste clause) », *D.* 2015, p. 335 ; M. Frabre-Magnan, « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC* 2015, p. 639 ; S. Pellet, « Le contenu licite et certain du contrat », *Dr. et patr.* 2016, p. 61.

294 COCC, art. 42 ; J. Ghestin, « Les effets pervers de l'ordre public », in *Mélanges Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 123.

295 COCC, art. 42 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, op. cit., pp. 155 et s.

296 F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 497.

297 M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. J. Ghestin, Paris, LGDJ, 2004, pp. 279 et s.

298 Y. Strickler, « La protection de la partie faible en droit privé », *LPA*, 2004, p. 6.

299 AUDCG, art. 238 : « Lorsqu'une clause est ambiguë, la volonté d'une partie doit être interprétée selon le sens qu'une personne raisonnable, de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, aurait déduit de son comportement » ; C. civ. fr., art. 1188, al. 1er : « Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes » ; C. civ. fr., art. 1189, al. 1er : « Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier » ; C. civ. fr., art. 1189, al. 2 : « Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci » ; On applique l'adage « *actus interpretandus est protius ut valeat quam ut pereat* » (Il signifie : « un acte doit être interprété plutôt pour qu'il produise un effet que pour qu'il reste lettre morte ») ; C. civ. fr., art. 1191 : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun » ; C. civ. fr., art. 1190 (Dans un contrat de gré à gré, l'interprétation est contre le créancier) ; (Dans un contrat d'adhésion s'interprète contre celui qui l'a proposé) ; C. civ. fr., art. 1192 ; Cass. ch. réunies, 2 févr. 1808, Lubert c/ Wancareghem ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Paris, 12e éd., Dalloz, 2008, n° 161, p. 156 ; Cass. civ. 15 avr. 1872, Veuve Foucault et Coulombe c/

systématiquement le serviteur du contrat³⁰⁰, tel qu'il n'est plus systématiquement le serviteur de la loi³⁰¹. N'étant plus la bouche de la loi comme disait Montesquieu³⁰², il est normal qu'il ne soit pas forcément la bouche du contrat. Le détachement du juge de la loi était déjà perceptible dans le Discours préliminaire de Portalis : « Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce... L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes fécondes en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application »³⁰³. Il est reconnu au juge le pouvoir d'interpréter et de combler la loi en cas de lacunes³⁰⁴. Par analogie, les lacunes du contrat³⁰⁵, à l'image de la règle de droit³⁰⁶, sont constituées par le silence, l'obscurité et l'insuffisance du contrat. Ces lacunes contractuelles déséquilibrent le contrat. Le juge ne peut donc refuser de statuer parce qu'une clause ou un contrat est obscur ou insuffisant. Il doit combler ces lacunes pour établir l'équilibre contractuel. Cette intervention limite doublement l'autonomie de la volonté et la

force obligatoire du contrat qui se lie à travers l'article 1193 du Code civil français. Celui-ci dispose que « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise »³⁰⁷. Cette disposition ne devait pas permettre au juge de prendre la direction du contrat afin de déterminer son contenu, sauf si la loi l'autorise.

32.- Mais, le juge force le contrat³⁰⁸ en se fondant sur l'article 1194 du Code civil français qui prévoit que « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi »³⁰⁹. Le droit OHADA³¹⁰ et le Code des obligations civiles et commerciales sénégalais n'énoncent pas autre chose. Ce dernier dispose : « en l'absence de volonté exprimée, le contrat oblige à toutes les suites que la loi, les usages, la bonne foi ou l'équité donne à l'obligation d'après sa nature »³¹¹. Il existe donc deux parties du contrat : la partie explicite, émergée déterminée par les parties et la partie implicite, immergée que le juge est en mesure d'identifier. L'usage permet de combler le vide contractuel ou légal.

Pringault ; Cass. civ. 3^e, 15 sept. 2015, n° 14-13.817 ; T. Girard-Gaymard, « L'influence du renouvellement des sources du droit des obligations sur son interprétation », *RTD civ.* 2020, p. 779.

300 Cf. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, p. 485.

301 Cf. Ph. Rémy, « La part faite au juge », *loc. cit.*, pp. 22-36.

302 Ch. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, t. 1, Genève, Barrillot & Fils, 1748 : « Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ».

303 J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801)*, Discours prononcé le 21 janv. 1801 et le Code civil promulgué le 21 mars 1804, éd., Confluences, 2004, 78 p. ; D. Mazeaud, « La place du juge en droit des contrats », in *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, RDC 2016, n° 02, p. 353.

304 Y. Strickler, « L'office du juge ; quels pouvoirs ? Quelles décisions ? », <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01077512/document>, p. 2, consulté le 25 janv. 2019.

305 COCC, art. 103.

306 C. civ. fr., art. 4 : « Le juge qui refusera de statuer, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » ; L. Corbion, *Le déni de justice en droit international privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, 365 p. ; A. Bugada, « Déni de justice et ordre public international », obs. sous Cass. soc. 14 sept. 2017, *Procédures* 2017, p. 27.

307 Cf. R. Vatinet, « Le mutus dissensus », *RTD civ.* 1987, p. 252.

308 L. Josserand, « Le contrat dirigé », *D.* 1933, p. 91 ; L. Leveneur, « Le forçage du contrat », *Dr. et patr.* 1998, pp. 69 et s. ; A. Marais, « Le maintien forcé du contrat par le juge », *LPA* 2 oct. 2002, n° 497, p. 7.

309 P. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Thèse Paris XII, 2003, n° 170, p. 311, Dalloz, 2005.

310 AUDCG, art. 238, al. 2.

311 COCC, art. 103.

33.- C'est, en effet, la partie noyée du contrat, caractérisée par l'absence de la prévision de la solution du litige par les parties qui nécessite l'intervention du juge. Celle-ci est conditionnée par la présence de la difficulté à régler ce litige. Les stipulations contractuelles imprécises donnent à celui-ci l'opportunité de ne pas se soumettre à la volonté des parties parce que la solution du différend ne se trouve ni dans le contrat ni dans la volonté des parties³¹² qui résolvent la question qui est posée au juge en lien avec le contrat.

Les situations dans lesquelles le contrat est lacunaire sont multiples. Le contrat apparaît ainsi lacunaire dès lors que les parties à un contrat de vente n'ont pas précisé dans son contenu le lieu de la livraison des marchandises. En tel cas, le juge saisi peut se référer à l'article 1609 du Code civil qui dispose que « La délivrance doit se faire au lieu où était, au temps de la vente, la chose qui en a fait l'objet, s'il n'en a été autrement convenu ». Mais, s'il n'existe aucun texte, le juge définit lui-même en se fondant sur l'usage et l'équité.

34.- Cependant, le pouvoir de comblement du contrat du juge ne couvre pas les lacunes qui « affectent un élément essentiel du contrat »³¹³. Il s'agit de l'élément dont l'absence ne donne pas la possibilité au contrat d'être valablement formé. Ainsi, le juge ne peut, dans le cadre d'un contrat de vente³¹⁴, déterminer le prix, alors que celui-ci n'était ni déterminé ni déterminable par les parties au moment de la conclusion du contrat. Dans telle hypothèse,

le juge ne déclare que la nullité ou l'inexistence du contrat de vente.

Cette solution se justifie à la lecture de l'article 1194 du Code civil français qui prescrit que « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites... ». Le juge comble donc les lacunes en fonction des suites du contrat. Celles-ci sont incontestablement les éléments accessoires du contrat. Il ne détermine donc pas à la place des contractants les éléments fondamentaux de la validité du contrat³¹⁵. Toutefois, les éléments essentiels des conventions variant d'un contrat à un autre, l'étendue des pouvoirs de comblement des lacunes du juge varient aussi selon les types de contrats³¹⁶.

Dans les contrats de prestations de services, en effet, l'article 1165 du Code civil français donne la possibilité au créancier, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, de fixer unilatéralement le prix, à charge pour lui de motiver le montant en cas de contestation³¹⁷. Le juge peut ainsi « être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat »³¹⁸. Aussi, l'exigence de détermination du prix des contrats est parfois écartée pour que le prix soit déterminé ou modifié unilatéralement par un contractant en cours d'exécution sous le contrôle du juge³¹⁹.

Mais, le pouvoir du juge ne se limite pas au comblement des lacunes, celui-ci

312 A. Gougeon, *L'intervention du tiers à la formation du contrat*, Thèse, Univers. de droit et de la santé, Lille II, 2016, p. 243.

313 P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Paris, Dalloz, 2018, p. 197.

314 AUDCG, art. 234 et s. ; C. Monkam, « Réflexion sur le fondement de l'affaiblissement de la force obligatoire du contrat en droit OHADA », *Rev. unif.*, I, vol. 24, 2019, pp. 576-604.

315 P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes, op. cit.*, p. 197.

316 *Ibid.*

317 M. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301.

318 C. civ. fr., art. 1165 ; J. Moury, « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats », *D.* 2016, p. 1013.

319 Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688 PR., p. 290 ; *GAJC*, 11^e éd., Dalloz, 1996, n° 151-154 ; *D.* 1996, p. 13, note Aynès.

bénéficie aussi d'un pouvoir d'interprétation créatrice d'obligations contractuelles³²⁰.

2.- La création des obligations contractuelles par le juge

35.- Le pouvoir du juge sur le contenu contractuel ne se limite pas à combler les lacunes techniques du contrat³²¹. Il est, en effet, illusoire dans le silence des clauses du contrat³²², comme dans le silence de la loi³²³, de rechercher l'intention commune des contractants parce qu'elle n'a pas été exprimée. Le juge est ainsi autorisé à utiliser la méthode objective d'interprétation pour combler le vide du contrat en se référant à des valeurs extérieures à l'opération contractuelle. Il utilise son pouvoir d'« interprétation créatrice »³²⁴ pour ajouter des obligations amplifiant le contenu du contrat initial afin de forcer son exécution³²⁵. Or, la jurisprudence Canal de Craponne du 6 mars 1876, énonçait : « Il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qu'elles ont librement acceptées »³²⁶. Cette jurisprudence garantissait la force obligatoire du contrat³²⁷ par l'interdiction des immixtions judiciaires dans le contenu du contrat. L'insuffisance et le silence des clauses contractuelles ne permettent pas une

intervention extérieure pour rééquilibrer le contrat et permettre sa survie. Si les parties se sont convenues d'un contrat déséquilibré, il doit s'appliquer en dépit du fait que le désavantage auquel l'une des parties subit entraîne l'inexécution du contrat ou sa disparition. Ni l'équité, ni l'usage ou encore moins la bonne foi ne permettait de restructurer le vide contractuel. Les parties ne s'obligeaient pas également des suites du contrat car il n'y avait que la partie explicite ; ce qu'elles ont voulu et prévu qui s'applique.

36.- Cette conception ne prenait en compte ni l'intérêt général ni les intérêts privés des personnes³²⁸. Or, une telle situation engendrait de l'injustice puisque le contractant fort pouvait dissuader le contractant vulnérable de ne pas introduire dans le contenu du contrat telle ou telle clause. Désormais, les parties sont tenues non seulement de la partie explicite du contrat, mais également de sa partie implicite. Le juge impose pour le fonctionnement du contrat, le contenu que les parties n'ont pas prévu. Il ajoute suivant l'opportunité les obligations nouvelles afin que le contrat s'exécute³²⁹. Les obligations qu'elles imposent peuvent être mêmes celles que les parties « avaient implicitement

320 F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, p. 503.

321 P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes, op. cit.*, p. 198.

322 J.-L. Halpérin, *Introduction au droit en 10 thèmes*, Paris, Dalloz, 2017, p. 26.

323 Cf. B. Ricou, « Le silence au service de la production juridictionnelle du droit : méthodes et politiques des juridictions ordinaires françaises », *Les Cahiers de droit*, vol. 56, n° 3-4, sept.-déc. 2015, pp. 681 et s. ; A. S. Adoua-Mbongo, « Le juge constitutionnel africain et le silence de la constitution », *Revue africaine et malgache de Recherches scientifiques (RAMReS/SJP)*, spécial, janv. 2021, p. 70-105.

324 F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, p. 511.

325 L. Jossierand, « Le contrat dirigé », *D.* 1993, p. 91.

326 Cass. civ., 6 mars 1876, *De Galliffet c/ Commune de Pélissanne*, *D.* 1876, 1, note Giboulot ; GAJC, 12^e éd., 2008, p. 183.

327 Cf. H. D. Modi Koko Bebey, « La force obligatoire du contrat à l'épreuve du droit des procédures collectives de l'OHADA », in *L'obligation*, Etudes offertes au Professeur P.-G. Pougoué, *op. cit.*, p. 489 ; M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, préf. D. Mazeaud, LGDJ, 2009, p. 28 et s.

328 M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, op. cit.*, p. 219.

329 S. Bissaloué, « L'importance des usages dans l'élaboration d'un ordre juridique africain plus attractif », in *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (C.O.C.C) : cinquante ans après, op. cit.*, p. 113.

écartées »³³⁰. Le juge a donc un pouvoir créateur du contrat à la place des parties, à l'instar de la création de la loi à la place du législateur³³¹ en cas de silence de la loi. Il s'agit du forçage contractuel puisque le juge amplifie le contenu du contrat par des interprétations qui n'ont pas été retenues au moment de la formation du contrat par les parties.

37.- Le pouvoir du juge, se fonde en droit français, sur l'article 1194 du Code civil. Celui-ci dispose que « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi »³³². Si la situation de cette disposition au Chapitre IV consacré aux effets du contrat donne l'impression qu'il s'agit de déterminer ces effets en fonction de l'équité, de l'usage ou de la loi, il s'agit en réalité du contenu du contrat³³³. Que cela ne tienne, les effets du contrat sont déterminés soit en fonction de la lettre du contrat soit en fonction de son esprit³³⁴ pour équilibrer les droits et obligations des parties.

38.- Les suites que l'équité, l'usage ou la loi donne aux contrats qui fondent le forçage judiciaire du contrat doivent répondre à la nature du contrat. L'obligation de sécurité envisagée dans les contrats de travail pour permettre aux salariés victimes d'accidents du travail d'être protégés a été imposée par le juge au transporteur dans le contrat de transport pour que le voyageur soit conduit sain et sauf à destination³³⁵. Or, depuis longtemps, les accidents liés au transport relevaient de la responsabilité extracontractuelle³³⁶. L'adjonction de l'obligation de sécurité dans le contrat, qui peut pourtant « fonctionner et remplir sa fonction économique (transporter les passagers d'un point à un autre) »³³⁷ permet de faciliter l'indemnisation de la victime en cas de survenance d'un accident parce que le régime juridique est favorable³³⁸. Le transporteur, à l'image de l'employeur, est soumis à une obligation de résultat en matière de sécurité³³⁹. Il ne peut s'exonérer de sa responsabilité qu'en prouvant l'existence d'une force étrangère³⁴⁰. L'amplification du contenu du contrat constitue un « forçage du contrat »³⁴¹ parce

330 P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, Paris, 8^e éd., 2016, p. 396.

331 P. Avril (dir.), *La création du droit par le juge*, *Archives de philo. droit*, t. 50, Dalloz, 2007, 472 p. ; S. Dauchy, « Le juge, bouche de la loi. A propos de la célèbre métaphore de Montesquieu », *Nagoya University Journal of Law and Politics*, 2014, n° 256, p. 325.

332 O. Deshayes, « Les effets du contrat entre les parties », *JCP* 25 mai 2015, suppl. au n° 21, p. 43.

333 Cf. A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2005, pp. 34 et s.

334 Th. Ivainier, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *JCP* 1981, I, p. 3023 ; F. Terré, « Interprétation ; le fait et le droit, la lettre et l'esprit », in *Mélanges Ligeropoulos*, 1985, p. 527.

335 COCC, art. 645 ; Cass. civ., 21 nov. 1911, *Cie générale transatlantique*, 11^e éd., *GAJC*, n° 262 ; *DP* 1913, I, 249, note A. Sarrut (1^{re} espèce) ; S. 1912, I, 73, note Lyon-Caen ; Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1969, D. 1970, p. 640 ; Cass. civ. 21 juill. 1970, D. 1970, p. 765.

336 F. Rouvière, « La remise en cause du contrat par le juge », *loc. cit.*, p. 41.

337 P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, *op. cit.*, p. 199.

338 Voir, COCC, art. 646 et 647 ; V. E. Bokali, « Le comportement du transporteur et l'obligation de réparer les dommages survenus en cours de transport », in *L'obligation*, Etudes offertes au Prof. Paul-Gérard Pougoué, APRODA et L'Harmattan-Cameroun, 2015, p. 149 ; T. Diatta, *La protection de la personne du consommateur en droit sénégalais*, Thèse UCAD, 2017, p. 20 et « La protection des consommateurs par le code des obligations civiles et commerciales », in *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (C.O.C.C) : cinquante ans après*, *op. cit.*, p. 226 et s.

339 COCC, art. 123 ; P. Mvomo Ela, « L'obligation d'information de l'assuré », in *L'obligation*, Etudes offertes au Prof. P.-G. Pougoué, *op. cit.*, p. 515.

340 COCC, art. 646 et s.

341 L. Jossierand, « L'essor moderne du concept contractuel », in Recueil d'études des sources du droit en l'honneur de François Geny, t. 2, *Sources générales des systèmes juridiques actuels*, Sirey, 1934, pp. 333 et s., et « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le contrat forcé et le contrat légal », *DH* 1940, chron. p. 5 ; L. Leveneur, « le

que les effets du contrat ne résultent plus de la volonté intangible des parties. Cette conception libérale du gonflement du contenu du contrat ambitionne la protection de la partie faible³⁴². Mais, si la décontractualisation de l'obligation de sécurité d'une partie de la doctrine³⁴³ aboutissait, cette protection se déprécierait.

En outre, l'obligation d'information est imposée dans les contrats où il existe un déséquilibre entre les contractants³⁴⁴. Le professionnel a ainsi l'obligation d'informer le consommateur³⁴⁵. Cette obligation inclut notamment une obligation précontractuelle et contractuelle de renseignement³⁴⁶. On doit préciser que le manquement à la première engage la responsabilité délictuelle parce que le contrat n'est pas encore conclu, alors que la seconde mobilise la responsabilité contractuelle.

39.- Les suites de l'équité sur le contrat a permis au juge d'imposer les devoirs d'information³⁴⁷ et de conseil³⁴⁸ aux contrats d'assurance³⁴⁹. Le juge est devenu

le « ministre d'équité »³⁵⁰ parce que celle-ci a une fonction supplétive permettant d'atténuer le « rôle de la théorie de la volonté »³⁵¹ afin que le juge complète le contenu du contrat. Il s'appuie sur le sentiment de justice pour déterminer l'obligation contractuelle³⁵². Le devoir d'information imposé à l'assureur³⁵³ engendre la responsabilité civile professionnelle en cas de manquement³⁵⁴. Dans cette optique, le distributeur d'un contrat d'assurance-vie doit conseiller à son client le contrat d'assurance qui est adapté sa situation et à ses besoins³⁵⁵. Tout manquement à ce devoir est assimilé à une défaillance contractuelle susceptible d'engager la responsabilité de l'assureur. Celui-ci est tenu d'indemniser le préjudice subi par l'assuré bénéficiaire de l'information ou du conseil. Le devoir de conseil est une obligation de moyen dont la violation impose à l'assureur de verser des dommages et intérêts à l'assuré³⁵⁶.

forçage du contrat », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? Dr. et patr.*, 1998, p. 69.

342 J.-P. Chazal, « La protection de la partie faible chez Jossierand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain », in W. Dross (dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Jossierand*, éd., Mare et Martin, 2014, p. 227.

343 Cf. G. Viney, « Rapport de synthèse » [l'obligation de sécurité], *Gaz. Pal.* 1993, doctr., p. 1215 ; C. Bloch, *L'obligation contractuelle de sécurité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, pp. 53 et s.

344 Cf. J.P. Tosi, *Le droit des obligations au Sénégal*, Nouvelles éditions africaines, 1981, p. 113 ; M. Thioye, « Responsabilité contractuelle d'un mandant pour violation de son obligation de loyauté », *AJDI* 2013, p. 538 ; C. A. W. Ndiaye, « Libre propos sur la protection du consentement cinquante années après », in *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (C.O.C.C) : cinquante ans après*, op. cit., p. 395.

345 Th. Diatta, « La protection des consommateurs par le code des obligations civiles et commerciales », loc. cit., p. 235.

346 Cf. G. B. Sarr, « La période précontractuelle : entre liberté et contraintes », in *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (C.O.C.C) : cinquante ans après*, op. cit., p. 569 et s.

347 C. ass. fr., art. L. 112-2 ; Ph. Le Tourneau, « De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », *D.* 1987, chron., p. 101.

348 Cass. civ. 1^{re}, 27 mars 1985, *Bull. ; civ.* I, n° 108 ; N. Dissaux, Ch. Jamin, op. cit., p. 93.

349 Y. Lambert-Faivre, « Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels », *D.* 1992, chron., p. 165 ; H. Margeat, « L'éthique dans l'assurance », *Risques*, avr. 1994, p. 9 ; G. Viney, « L'interprétation et l'application du contrat d'assurance par le juge », *D.* 1994, chron., p. 301.

350 Cass. soc. 12 mai 1965, *D.* 1965, p. 652.

351 Ch. Albigès, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000, pp. 303 et s. ; S. Darmaïn, *Le contrat moral*, LGDJ, 2000, p. 6.

352 C. A. W. Ndiaye, « Libre propos sur la protection du consentement cinquante années après », in *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (C.O.C.C) : cinquante ans après*, op. cit., pp. 401 et s.

353 CIMA, art. 98 et s.

354 Cass. civ. 2^e, 17 nov. 2016, n° 15-14.820.

355 Cass. com., 7 avr. 2009, n° 08-10.059 ; Cass. civ. 2^e, 17 nov. 2016, n° 15-14.820.

356 Cass. civ. 2^e, 8 févr. 2018, n° 16-27.495.

40.- Aussi, le forçage contractuel se caractérise par le devoir du banquier prêteur de mettre en garde son client emprunteur³⁵⁷. Le banquier est un professionnel dont le métier n'est pas facile à appréhender par le client puisque les produits bancaires et financiers se sont sophistiqués et fragilisent le client. Le devoir de conseil du banquier³⁵⁸. Celui-ci est sanctionné s'il garde le silence sur l'endettement lourd du débiteur³⁵⁹. Dans cette optique, la banque manque à son devoir de conseil si elle sollicite un cautionnement disproportionné aux ressources du débiteur³⁶⁰.

41.- Le devoir de conseil du banquier impose donc qu'« il est tenu, lorsque, à la demande [du client] ou spontanément, il lui recommande un service ou un produit et lui prodigue ainsi un conseil, de le faire avec pertinence, prudence et loyauté, en s'enquérant de ses connaissances, de son expérience en matière d'investissement, ainsi que de sa situation financière et de ses objectifs, afin que l'instrument financier conseillé soit adapté »³⁶¹. Ce devoir de conseil induit implicitement de la sécurité que le banquier doit procurer au titulaire d'une carte bancaire. Ainsi, la Cour de cassation française a déjà décidé qu'« il appartient à la banque qui ne veut pas rembourser le titulaire de la carte bancaire de prouver la négligence grave de celui-ci et cette négligence ne peut pas résulter de la

simple utilisation de la carte ou des données personnelles qui lui sont liées »³⁶². La banque doit également « prouver que l'opération a été authentifiée, dûment enregistrée et comptabilisée, et, surtout, non affectée par une déficience technique ou autre »³⁶³. La limitation de l'exonération de la responsabilité du banquier garantit une protection efficace aux consommateurs. Au total, la protection de la partie faible par le complètement du contenu contractuel qui surplombe l'œuvre de la volonté des parties est légitimée par la loi.

B.- La légitimité de l'adaptation du contenu contractuel

42.- Le complètement du contenu du contrat par le juge est réalisé selon des méthodes clairement identifiées. Le juge peut compléter le contenu du contrat en cherchant ce que les parties auraient voulu appliquer dans cette hypothèse particulière ou bien ajouter les obligations au contenu du contrat en posant une règle générale et abstraite commune à tous les contrats de ce type³⁶⁴. Ce pouvoir du juge bénéficie d'une légitimité légale. Aux termes de l'article 103 du Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal³⁶⁵, « En l'absence de volonté exprimée, le contrat oblige à toutes les suites que la loi, les usages, la bonne foi ou l'équité donnent d'après sa nature »³⁶⁶. Cette disposition correspond

357 J. Huet, « Le devoir du conseil du banquier », *D.* 2013, p. 2921.

358 COCC, art. 118 ; M. Oualid, *La responsabilité civile du banquier dispensateur du crédit, Etude de droit comparé français-algérien*, Thèse Lyon 3, 2009, 577 p. ; N. Bourdallé, J. Lasserre Capdeville, « Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier », *Cah. de recherche*, n° 5, p. 5

359 CA Paris, 30 mai 1997, *Juris-data* n° 021367, in D. Legeais, « L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de sa caution », *Mélanges*, AEDBF, 1999, p. 257.

360 S. Piedelièvre, « Le cautionnement excessif », *Rép. Défrenois*, 1998, art. 36836, p. 849, n° 14.

361 Règlement COBAC R-2019/02 relatif aux normes prudentielles applicables aux

établissements de paiement ; Cass. com., 20 juin 2018, RG : 17-11473.

362 Cass. com., 18 janv. 2017, n° 15-18.102, *RJDA* 3/17, n° 205 ; 12 nov. 2020, n° 19-12.112 FS-FB.

363 C. mon. et finan. fr., art. L. 133-23, al. 1 ; Cass. com., 17 juill. 2020, n° 18-21.487 ; 12 nov. 2020, n° 19-12.112 FS-FB.

364 P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèses*, op. cit., p. 199.

365 C. civ. fr., art. 1194 (art. 1135 anc.).

366 C. Mouly-Guillemaud, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, 2006, préf. D. Ferrier, 592 p. ; Y.-M. Laithier, « Une nouvelle application de la fonction complétive de l'article 1135 du Code civil », note sous Cass. soc. 18 oct. 2006, n° 04-48.612, *RDC* 2007, n° 3, p. 714 ; B. Fessard, *Les*

parfaitement à la formule de Durkheim : « Tout n'est pas contractuel (c'est-à-dire volontaire) dans le contrat »³⁶⁷. Les suites de l'obligation sont ainsi déterminées soit selon la loi (1) soit selon l'usage et l'équité (2).

1.- L'adaptation du contrat par la loi

43.- La loi joue un rôle primordial dans le complètement du contenu obligationnel du contrat. Les multiples références à la loi permettent de déterminer le contenu du contrat³⁶⁸. Plusieurs dispositions légales permettent, en effet, de suppléer la volonté des parties dès lors qu'elle n'a pas été formulée³⁶⁹. Elles déterminent notamment les régimes des contrats nommés³⁷⁰. Les lois supplétives comblent l'absence de volonté des contractants³⁷¹. Celles-ci vont ainsi refléter la volonté probable des parties. On a estimé qu'elles étaient « interprétatives de la volonté »³⁷² des contractants. Cette conception classique du complètement du contrat par la loi correspondait à une dimension particulièrement volontariste du contrat ne concevant pas une autre source des effets du contrat autre que la volonté des parties³⁷³.

Mais, les lois supplétives correspondent désormais à la vision du législateur et non pas à celle des parties au contrat. Cette vision intègre évidemment la manière dont le législateur apprécie l'équilibre normal des droits et obligations des contractants. Il existe donc des modèles

de l'organisation sociale que les parties ont la possibilité d'exclure³⁷⁴.

44.- En revanche, les lois impératives n'expriment pas la volonté des parties, mais assurent les exigences d'ordre public en imposant au contractant fort des obligations³⁷⁵. Elles ne peuvent être écartées par la volonté des parties ne peut les écarter puisqu'elles sont applicables peu important la volonté opposée des contractants³⁷⁶. Ainsi, les effets du contrat déterminés par les lois impératives doivent s'appliquer parce que la volonté du législateur prime, dans ce cas, sur celle des parties contractantes. Il appartient ainsi au législateur de juger de l'opportunité de leur application.

45.- Toutefois, les lois supplétives comme les lois impératives génèrent un modèle de complètement abstrait du contrat, ce qui justifie que la solution définie par la loi soit applicable à tous les contrats de même nature³⁷⁷. La nature du contrat présente une importance capitale dans le complètement légal du contrat qui n'est pas facile à appréhender³⁷⁸. Mais, la spécialisation des contrats peut être d'une aide précieuse. Il existe plusieurs hypothèses où le complètement du contrat est abstrait. La complétude abstraite du contrat s'observe dans l'obligation de garantie des vices cachés qui incombe à tous les vendeurs³⁷⁹. Il en est de même de l'obligation du bailleur de réaliser les travaux qui ne sont pas des réparations locatives dans l'hypothèse d'un contrat de bail³⁸⁰. Le caractère général du complètement du contrat par les lois s'analyse également dans le principe qui

obligations non matérialisées dans les contrats, Thèse Montpellier, 2015, 683 p.

367 E. Durkheim, *De la division du travail social*, 1893, p. 189.

368 P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèses*, *op. cit.*, p. 199.

369 A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 248.

370 C. civ. fr., art. 1105.

371 COCC, art. 103.

372 P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèses*, *op. cit.*, p. 200.

373 *ibid.*

374 C. Peres-Gourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, préf. G. Viney.

375 C. civ. fr., 1102 (art. 6 anc.); Y. Auguet, « L'équilibre contractuel dans le Code civil », *loc. cit.*, p. 6.

376 A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 248.

377 F. Rouvière, « La remise en cause du contrat par le juge », *loc. cit.*, pp. 41-56.

378 COCC, art. 103.

379 C. civ. fr., art. 1641.

380 C. civ. fr., art. 1772.

consacre l'interdiction pour le déposant dans un contrat de dépôt de se servir de la chose déposée, sauf autorisation explicite³⁸¹.

46.- Par conséquent, si le juge est saisi d'un litige en raison de l'absence de volonté des parties, il ne recherche pas ce que les parties auraient voulu, mais applique la règle de droit correspondante³⁸². Le pouvoir d'appliquer la règle de droit à la place du contrat créé par les parties relève de la compétence du juge du fond. La Cour de cassation exerce seulement un contrôle sur l'interprétation qu'il réalise. Il peut ainsi être déduit que la formule « les contrats obligent [...] à toutes les suites que leur donne [...] la loi »³⁸³ suppose une incorporation de la disposition légale dans le contrat. Cette transformation permet de considérer que les termes du contrat sont les termes de la loi qui est incorporée³⁸⁴. Ainsi, la loi étant devenue les termes du contrat par son incorporation dans le contrat, l'obligation du vendeur de garantir les vices cachés à l'acheteur³⁸⁵ ne résulte plus de la loi, mais du contrat. Les termes du contrat correspondent à ceux de la loi, le contrat s'applique par le truchement de l'application de la loi. En telle hypothèse, la violation d'une obligation prescrite par la loi doit pouvoir engager la responsabilité contractuelle de l'un des co-contractants³⁸⁶.

En revanche, l'analyse semble différente si le complètement du contrat se réalise par la prise en considération de l'usage et de l'équité.

2.- L'adaptation du contrat par l'usage et l'équité

47.- Le juge détermine parfois le contenu du contrat en se référant à l'usage ou à l'équité³⁸⁷. L'usage et l'équité légitiment, en effet, l'ajout d'obligations contractuelles dont les parties n'ont pas voulues parce que le contrat oblige à toutes les suites qu'ils donnent³⁸⁸. Ces éléments de légitimité de l'adaptation du contrat par le juge sont fondamentaux³⁸⁹ pour les Etats d'Afrique noire francophone où il n'existe pas clairement un droit des obligations écrit³⁹⁰.

48.- Dans un premier temps, les mobiles de la référence à l'usage par cette disposition ne sont pas faciles à saisir³⁹¹. Le Code des obligations civiles et commerciales sénégalais prévoit que l'usage désigne les pratiques d'une région ou d'une place³⁹². Sa qualification nécessite les critères d'ancienneté, de constance et de collectivité³⁹³. Il existe une pluralité de types d'usages³⁹⁴, notamment d'entreprise³⁹⁵,

381 C. civ. fr., art. 1930.

382 COCC, art. 103.

383 C. civ. fr., art. 1194.

384 P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèses, op. cit.*, p. 201.

385 C. civ. fr., art. 1641.

386 P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèses, op. cit.*, p. 201.

387 COCC, art. 103 ; C. civ. fr., art. 1194.

388 COCC, art. 103 ; C. civ. fr., art. 1194 ; Th. Diatta, « La protection des consommateurs par le Code des obligations civiles et commerciales », in *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (C.O.C.C) : cinquante ans après, op. cit.*, p. 216.

389 S. Bissaloué, « Les usages comme source de droit en Afrique subsaharienne », *RLDC suppl.*, déc. 2016, n° 143 et « L'importance des usages dans l'élaboration d'un ordre juridique africain plus attractif », in *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (C.O.C.C) : cinquante ans après, op. cit.*, pp. 101 et s.

390 Cf. L. Zoubabela, *Les tribunaux de droit local au Congo et dans les autres pays d'Afrique centrale*, Thèse de doctorat, Université d'économie et de sciences sociales de Paris II, pp. 1 et s. ; F. R. Bilong Nkoh, « La place des règles juridiques fondamentalement africaines en matière d'obligation dans les systèmes juridiques d'Afrique subsaharienne », in *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (C.O.C.C) : cinquante ans après, op. cit.*, p. 77.

391 A. Bauler, G. Bouriau, « Les usages en droit commun des contrats », in Mousseron, *op. cit.*, p. 18.

392 COCC, art. 259.

393 Ph. Jestaz, *Le droit*, Paris, 9^e éd., Dalloz, 2016, p. 39 ; S. Bissaloué, « L'importance des usages dans l'élaboration d'un ordre juridique africain plus attractif, loc. cit. », p. 117.

394 COCC, art. 259.

395 Ph. Langlois, « Les usages dans les transformations du droit du travail », in *Mélanges G. Lyon-Caen*, 1989, p. 285.

commerciaux³⁹⁶ et professionnels³⁹⁷. Les caractères de ceux-ci sont discutés³⁹⁸. Cependant, les usages sont distingués selon qu'ils sont de droit, ceux assimilés aux coutumes, ou conventionnels et assimilés aux pratiques des contractants. Le caractère non impératif appartenant aux deux catégories démontre qu'ils ne sont applicables que si par la volonté les parties ne les excluent pas³⁹⁹.

Néanmoins, les usages de droit qui sont exploitables pour compléter le contrat légitiment son complètement. Ainsi, la présomption de la solidarité entre débiteurs en matière commerciale étant un usage, l'absence d'une clause de solidarité dans un contrat commercial n'empêche pas l'application de la solidarité entre les débiteurs ayant la qualité de commerçant⁴⁰⁰. Le mode d'application de l'usage en matière de complétude du contrat ressemble à celui de la loi supplétive. En effet, l'existence et la portée de l'usage sont des questions de droit contrôlables par la Cour de cassation⁴⁰¹.

En outre, les usages conventionnels qui constituent des pratiques habituelles des parties et non des normes peuvent dans certains cas être exploités par le juge pour combler les lacunes du contrat. Il a ainsi été jugé que le versement habituel d'une prime

aux salariés dans l'entreprise constitue un usage constant de l'entreprise afin que son paiement soit obligatoire⁴⁰². Le versement constant de la prime constitue un engagement tacite de l'employeur⁴⁰³, mais l'obligation de paiement de la prime n'est pas une règle générale applicable à l'ensemble des contrats de travail. Elle se circonscrit aux contrats de l'entreprise où la prime s'applique.

49.- Dans un second temps, la légitimité du pouvoir de forçage du contrat du juge résulte de la prise en considération de l'équité⁴⁰⁴. Or, l'équité est une notion vague⁴⁰⁵. Son absence de précision n'incite pas le juge à la désigner clairement, même lorsqu'il exploite cette notion, à défaut de loi et de l'usage. L'obligation de sécurité que le juge a fait peser sur le transporteur, permettant au passager victime d'un accident de bénéficier d'une indemnisation sans rapporter la preuve de la faute du transporteur, se fonde sur l'équité⁴⁰⁶. Puisque, pendant longtemps, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, le voyageur avait l'obligation de prouver la faute du transporteur, ce qui n'est pas toujours aisé. Mais, cette obligation s'applique désormais largement dans le contrat de travail⁴⁰⁷, le contrat d'entreprise⁴⁰⁸, le contrat de bail⁴⁰⁹ et

396 AUDCG, art. 239, 177 et s. ; V. O. Ballal, *Les usages et le droit OHADA*, PUAM 2014, p. 43 ; D. Y. Wane, « Après cinquante ans de codification, quel avenir pour le code des obligations civiles et commerciales du Sénégal ? », in *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (C.O.C.C) : cinquante ans après*, op. cit., p. 638.

397 Cass. civ. 3^e, 15 oct. 2014, n° 12-28.767, *Bull. civ.* III, n° 129 ; P. Deumier, « Les sources de l'éthique des affaires : codes de bonne conduite, etc. », in *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 337.

398 Cass. com., 17 mai 1988, *Bull. civ.* IV, n° 167.

399 P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèses*, op. cit., p. 201.

400 AUDCG, art. 2.

401 P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèses*, op. cit., p. 201.

402 Cass. soc. 11 janv. 2017, n° 15-15.819.

403 P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèses*, op. cit., p. 202.

404 C. civ. fr., art. 1194 ; I. L. Miendjiem, « La vigueur de l'obligation implicite », in *L'obligation*, Etudes offertes au Prof. P.-G. Pougoué, op. cit., p. 478.

405 C. Albiges, *De l'équité en droit privé*, Paris, LGDJ, 2000, 383 p.

406 Cass. civ. 21 nov. 1911, *D.* 1913, I, 249, note Sarrut ; S. 1912, I, 73, note Lyon-Caen.

407 Cass. soc. 1^{er} juin 2016, n° 14-19.702, *JCP* 2016, p. 822, note Mouly ; *RTD civ.* 2016, p. 869, obs. Jourdain ; Y. Saint-Jours, « De l'obligation contractuelle de sécurité de résultat de l'employeur », *D.* 2007, 3024 ; P. Sargos, « Qui se souvient de Jean Thommes ? », *JCP* 2015, 1303 (C. justice de Luxembourg, 27 nov. 1884).

408 Cass. civ. 1^{re}, 17 janv. 1995, *D.* 1995, 350, note Jourdain.

409 Cass. civ. 3^e, 21 nov. 1990, *Bull. civ.* III, n° 236.

le contrat de vente⁴¹⁰. L'intensité de cette obligation est discutée parce qu'elle constitue parfois une obligation de sécurité de résultat, parfois une obligation de sécurité de moyen⁴¹¹. Par conséquent, le contractant débiteur de l'obligation de sécurité ne s'exonère que s'il prouve l'existence d'un cas de force majeure⁴¹².

Ainsi, les suites que donne la notion d'équité au contrat sont multiples. Cette notion est prise en compte par le juge pour imposer aux professionnels les obligations d'information⁴¹³, de conseil⁴¹⁴ ou de surveillance⁴¹⁵ pour garantir la protection des consommateurs⁴¹⁶. Le juge introduit, en effet, une dose de justice contractuelle⁴¹⁷ à travers la considération de l'équité⁴¹⁸. Il peut ainsi équilibrer les droits et obligations des parties en dépassant ou en contredisant la volonté des parties⁴¹⁹.

50.- La restauration de l'équilibre du contrat par la considération de l'équité est assimilable à celle instrumentée par la bonne foi⁴²⁰. Celle-ci est un principe légitimant le contrôle du juge⁴²¹. Il est ainsi en droit de sanctionner la mauvaise foi de l'une partie contractante, sans porter atteinte à la substance des droits et obligations légalement convenues entre les parties⁴²². De

ce fait, le juge considère implicitement l'équité et explicitement la bonne foi dans leurs fonctions complétives dans l'accomplissement de sa mission de compléter le contenu du contrat. Ces instruments de complètement du contrat lui permettent parfois de considérer les particularités propres au contrat pour imposer à un contractant notamment l'obligation de renseignement ou l'obligation de coopération. Cependant, l'obligation dégagée par le juge pour compléter le contrat s'applique souvent de façon abstraite dans la même méthode que la loi⁴²³. Les suites du contrat ont, au demeurant, un caractère d'ordre public puisque les obligations que le juge impose aux parties trouvent leur siège dans la loi elle-même et non dans la volonté des parties⁴²⁴. Celles-ci ne peuvent donc écarter l'équité par voie contractuelle afin que l'équilibre du contrat soit garanti⁴²⁵.

Conclusion

51.- Le juge assure désormais la police de l'équilibre du contrat à l'instar de ce qu'il réalise pour la loi de l'Etat. Cette intervention garantit une meilleure sécurité juridique par rapport à celle flexible apportée

410 D. Veaux, P. Veaux-Fournerie, *L'obligation de sécurité dans la vente*, Paris, Litec, 2022, 174 p.

411 A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 328.

412 *Ibid.*

413 M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information*, LGDJ, 2014, 596 p.

414 Cass. civ. 1^{re}, 8 nov. 1994, *Bull. civ. I*, n° 319 ; J. Huet, « Le devoir de conseil du banquier », *D.* 2013, p. 2921.

415 L. Lafforgue, « La sécurité des biens des clients d'un restaurateur », *JCP* 1993, I, p. 304.

416 Cass. civ. 3^e, 12 oct. 2017, n° 16-23.982.

417 Cf. M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. M.- N. Jobard-Bachelier et V. Brémond, LGDJ, 2006, p. 60.

418 Cf. Ch. Albigès, *De l'équité en droit privé*, Préf. R. Cabrillac, LGDJ, 2000, p. 8 et s.

419 P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèses*, *op. cit.*, p. 202.

420 C. civ. fr., art. 1104 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi » ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à François Terré, PUF, 1999, p. 603 ; I. Y. Ndiaye, « Leçon inaugurale : le COCC, cinquante ans après (Regard furtif) », *loc. cit.*, pp. 31 et s.

421 Cass. com. 14 et 28 nov. 2018, n° 17-16.153 et 17-18.609, *RTD civ.* 2019, obs. H. Barbier ; D. Mazeaud, « Que vont les règles jurisprudentielles non codifiées devenir ? », *Mél. Collart-Dutilleul*, Dalloz, 2017, pp. 529 et s.

422 Cass. civ. 3^e, 9 déc. 2009, n° 04-19.923 ; *Bull. civ. III*, n° 275 ; *D.* 2010, p. 87, obs. Y. Rouquet.

423 P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèses*, *op. cit.*, p. 202.

424 C. civ. fr., art. 1194 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 256.

425 Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1998, *Bull. civ. I*, n° 57.

par la volonté des parties⁴²⁶. L'établissement ou la restauration de l'équilibre contractuel par le juge responsabilise les parties parce qu'elles chercheraient à éviter sa correction⁴²⁷. Elles emploieraient une meilleure technique de rédaction du contrat pour que le contenu qu'elles déterminent ne soit pas corrigible. La référence aux contrats types⁴²⁸, connus par le droit OHADA⁴²⁹, pourrait limiter l'intervention du juge. Il se profile ainsi une légistique du contrat sur le modèle de la loi. L'art de contracter est imposé par la loi et le juge. Le contrat n'est plus forcément ce que veulent les parties. Il peut être l'œuvre du législateur ou du juge. Mais, l'ignorance de la loi est une réalité africaine, même si Nul n'est censé l'ignorer⁴³⁰. Les parties peuvent donc recourir aux tiers pour confectionner des contrats équilibrés⁴³¹, seuls valides⁴³².

52.- En cas de déséquilibre contractuel, le juge supplée à la volonté des parties⁴³³. Son intervention est donc un moyen de réaliser la justice commutative, finalité du contrat, qui se place au-dessus des intérêts des parties. La justice contractuelle est obtenue par la correction des déséquilibres significatifs, l'imprévision, des clauses abusives ou excessives⁴³⁴. La restauration de l'équilibre du contrat par le

juge visant le maintien du contrat, la nullité et la résolution tendant à sa disparition doivent être modestement utilisées pour assurer au mieux la fonction de l'équilibre contractuel⁴³⁵. Cette restauration protège indirectement l'effectivité du droit des contrats.

53.- Cependant, le pouvoir d'équilibrer ou de rééquilibrer le contrat par le juge ne dépossède pas, en principe, les parties du contrat. Elles ont la priorité de renégocier leur contrat déséquilibré par des circonstances imprévisibles. Le juge n'intervient que subsidiairement en cas d'échec ou de refus de renégociation du contrat⁴³⁶. Elles peuvent aussi prévoir des clauses de renégociation du contrat en cas de changement imprévisible des circonstances pour éviter l'intervention du juge⁴³⁷. Le juge ne dispose pas d'un pouvoir d'intervention d'office de révision. Ainsi, l'équilibre contractuel n'est ni totalement volontariste ni totalement solidariste. La théorie de l'autonomie de la volonté n'est pas morte, parce que le *requiem* en l'honneur de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat n'est pas encore entonné⁴³⁸. Elle n'est donc pas encore une théorie classique du contrat⁴³⁹, elle est une conception contemporaine avec une analyse renouvelée,

426 C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *loc. cit.*, pp. 357.

427 Cf. A. Bénabent, « L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée », *LPA* 6 mai 1998, p. 14.

428 G. Chantepie, « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC* 2009, n° 3, p. 1233.

429 Cf. J. Issa-Sayegh, « Présentation de générale de l'Acte uniforme sur le contrat de transport de marchandises par route », *www.ohada.com*, ohadata D-07-03, pp. 7 et s.

430 A. Akam Akam, « Libres propos sur l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi" », *Droit prospectif, Revue de la recherche juridique*, vol. 32, n° 117, pp. 31-56.

431 M.-J. Loyer, *L'intermédiaire contractuel*, Thèse Paris 2, 2006 ; A. Gougeon, *L'intervention du tiers à la formation du contrat*, Thèse Univ. Lille 2, 2016, pp. 18 et s.

432 Ph. Remy, « Droit des contrats : questions, positions, propositions », in *Le droit contemporain des contrats, Bilan et perspectives*, *loc. cit.*, p. 281, n° 37.

433 F. Jacomino, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence*, Thèse Côte d'Azur, 2018, pp. 1 et s.

434 S. Pech-Le-Gac, *La proportionnalité en droit privé*, *op. cit.*, n° 1391.

435 L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, *op. cit.*, p. 329.

436 C. civ., art. 1195 ; Avant-projet d'AUDGO, art. 161 et 162.

437 C.-E. Bucher, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *CCC*, n° 5, mai 2016, dossier 6.

438 Cf. D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité... », *loc. cit.*, p. 626.

439 F. Chénéde, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, Du mythe à la réalité », *loc. cit.*, p. 164.

car la liberté contractuelle, l'effet relatif et la force obligatoire du contrat n'ont pas disparu. Cette théorie n'est pas désagrégée⁴⁴⁰, elle doit être conciliée avec les principes du solidarisme contractuel, car la liberté contractuelle et l'intervention du juge sont toutes les deux, les moyens de réaliser la justice contractuelle. Celle-ci devenue une réalité à raison de cette intervention du juge, il ne saurait plus question de se demander si elle était un mythe ou une réalité⁴⁴¹.

440 G. Morin, « La désagrégation de la théorie contractuelle du Code », *APD*, 1940, pp. 7 et s.

441 B. Lefebvre, « La justice contractuelle : mythe ou réalité ? », *Les Cahiers de droit* 1996, vol. 37, n° 1, p. 17.