

UNIVERSITÉ D'ORLÉANS

*ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES DE LA SOCIÉTÉ : TERRITOIRES, ÉCONOMIE, DROIT*CENTRE DE RECHERCHE JURIDIQUE POTHIER / FORMATION DOCTORALE - DROIT DE
L'ENTREPRISE - JUSTICE UCAD

THÈSE EN COTUTELLE INTERNATIONALE présentée par :

Birane NDAW

soutenue le : 20 novembre 2025

pour obtenir le grade de :

**Docteur de l'Université d'Orléans
et de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar**

Discipline/ Spécialité : Droit. Droit privé

**L'ÉTHIQUE ET LE DROIT DES CONTRATS D'AFFAIRES - ESSAI SUR LA
MORALISATION DES CONTRATS D'AFFAIRES. (APPROCHE
COMPARATIVE DES DROITS FRANÇAIS, SÉNÉGALAIS ET AMÉRICAIN)**

THÈSE dirigée par :

Mme LACROIX DE SOUSA Sandie	Maître de conférences, HDR, Université d'Orléans
M. NIANG Mohamed Bachir	Agrégé des Facultés de Droit, Professeur assimilé, FSJP-UCAD

RAPPORTEURS :

Mme LE GALLOU Cécile	Professeure des universités, Université Toulouse Capitole
M. BADJI Patrice Samuel Aristide	Agrégé des Facultés de Droit, Professeur assimilé, FSJP-UCAD

JURY :

M. MESTRE Jacques	Doyen honoraire de la Faculté de droit d'Aix-Marseille, Président du jury
Mme LACROIX DE SOUSA Sandie	Maître de conférences, HDR, Université d'Orléans
M. NIANG Mohamed Bachir	Agrégé des Facultés de Droit, Professeur assimilé, FSJP-UCAD
Mme LE GALLOU Cécile	Professeure des universités, Université Toulouse Capitole
Mme MAUCLAIR Stéphanie	Maître de conférences, HDR, Université d'Orléans
M. BADJI Patrice Samuel Aristide	Agrégé des Facultés de Droit, Professeur assimilé, FSJP-UCAD

L'Université d'Orléans et l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

L'éthique et le droit des contrats d'affaires – essai sur la moralisation des contrats d'affaires. (Approche comparative des droits français, sénégalais et américain)

Résumé :

Le contrat a longtemps été considéré comme juste par essence. Selon les défenseurs de la doctrine de l'autonomie de la volonté, ce que les parties ont voulu est conforme à leurs intérêts. Aujourd'hui, cette conception peine à convaincre, *a fortiori* dans la catégorie de contrats que l'on dénomme les « contrats d'affaires » (ventes, franchises, contrats de distribution, cessions de droits sociaux...), dès lors que l'équilibre du contrat ne dépend pas seulement de la volonté autonome des parties. L'irrigation d'exigences éthiques dans les contrats d'affaires, thème de plus en plus exploré en recherche, méritait une approche de droit comparé. Une étude à dimension comparative droit français, droit sénégalais, droit américain sur la moralisation des contrats d'affaires permet de mieux identifier, dans chacun des systèmes juridiques étudiés, les outils actuels de sa manifestation et de s'interroger sur leur réelle efficacité. Ces outils traduisent l'atténuation du principe de l'autonomie de la volonté par de multiples interventions de nature législative, jurisprudentielle et doctrinale.

De la sorte, l'intégration d'exigences éthiques dans les contrats d'affaires a notamment été rendue possible par la réforme du droit des contrats en droit français avec l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 et la loi de ratification n°2018-287 du 20 avril 2018, la prégnance de l'application extraterritoriale du dispositif de *compliance* issu du droit américain ou encore l'influence de certains concepts comme le *duty to mitigate damages* ou le *promissory estoppel*. En droit sénégalais, même si le mythe du contrat juste et équilibré fondé sur le principe de l'autonomie de la volonté continue de gouverner la théorie du contrat, il est timidement atténué par les dispositions du Code des obligations civiles et commerciales (COCC) souvent illisibles ou incomplètes, les Actes uniformes du droit OHADA, le droit de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA), le droit de la Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurance (CIMA), etc., qui postulent en faveur d'un renouvellement de la conception classique du contrat.

La présente étude vise à mettre en lumière le rôle essentiel que joue l'éthique dans le renouvellement de la conception classique du contrat. Elle tend non seulement à analyser les enjeux de la moralisation des contrats d'affaires, mais encore à en identifier les limites et à alerter sur les risques de cette dynamique internationale, parfois standardisée, de moralisation.

Mots clés : Contrats d'affaires – Éthique - Moralisation – *Compliance* – Vigilance Loyauté – Force obligatoire - Bonne foi – Cause – Coopération - *Reasonable* – *Smart contracts* - Droit français - Droit sénégalais – Droit OHADA - Droit américain.

Ethics and the law of business contracts – essay on the moralization of business contracts. (Comparative approach to French, Senegalese, and American laws)

Summary:

Contracts have long been regarded as inherently fair. According to the defenders of the doctrine of autonomy of will, what the parties intended is in their best interests. Today, however, this view is less convincing, especially in the category of contracts known as “business contracts” (sales, franchises, distribution contracts, transfers of corporate rights, etc.), since the balance of the contract does not depend solely on the autonomous will of the parties. The irrigation of ethical requirements into business contracts, a theme increasingly explored in research, merited a comparative law approach. A comparative study of French law, Senegalese law and American law on the moralization of business contracts enables us to better identify, in each of the legal systems studied, the current tools for its manifestation, and to question their effectiveness. These tools reflect the attenuation of the principle of autonomy of the will by multiple interventions of a legislative, jurisprudential and doctrinal nature.

In this way, the integration of ethical requirements into business contracts has been made possible by the reform of contract law in French law with Ordinance no. 2016-131 of February 10, 2016 and Ratification Act no. 2018-287 of April 20, 2018, the extraterritorial application of the compliance mechanism stemming from American law, and the influence of certain concepts such as the duty to mitigate damages or promissory estoppel. In Senegalese law, although the myth of the fair and balanced contract based on the principle of the autonomy of the will continues to govern contract theory, it is timidly attenuated by the often illegible or incomplete provisions of the Code des obligations civiles et commerciales (COCC), the Uniform Acts of OHADA law, the law of the West African Economic and Monetary Union (UEMOA), the law of the Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurance (CIMA), etc., which postulate in favor of a fair and balanced contract based on the principle of the autonomy of the will, which postulate a renewal of the classical conception of the contract.

The aim of this study is to highlight the essential role played by ethics in the renewal of the classical conception of contract. It aims not only to analyze what is at stake in the moralization of business contracts, but also to identify the limits and warn of the risks of this international drive to moralize business contracts.

Keywords : Business contracts - Ethics - Moralization - Compliance - Vigilance Loyalty - Binding force - Good faith - Cause - Cooperation - Reasonable - Smart contracts - French law - Senegalese law - OHADA law - American law.

À la mémoire de ma grand-mère, Marie Célestine

À ma tante, Romélie Solonge

Et à mon ami, Aliou Badara Khanta

Remerciements

À l'issue de six années consacrées aux recherches et à la rédaction du présent manuscrit, je tiens à exprimer toute ma gratitude et tous mes remerciements aux personnes qui m'ont soutenu et accompagné lors de ce travail de longue haleine.

Je tiens, tout d'abord, à remercier très vivement ma Directrice de thèse, Madame Sandie LACROIX-DE SOUSA et mon co-directeur de thèse, Monsieur le Professeur Mohamed Bachir NIANG, qui m'ont fait confiance en acceptant d'encadrer ces travaux avec bienveillance, attention, disponibilité et rigueur. Leurs conseils avisés, remarques toujours constructives, relectures minutieuses, observations et corrections multiples ont été d'une grande utilité pour l'avancée de ce travail doctoral. Qu'ils trouvent ici l'expression de ma plus authentique reconnaissance.

Je remercie ensuite infiniment, Mesdames les Professeures Cécile LE GALOU et Stéphanie MAUCLAIR ainsi que Messieurs les Professeurs Jacques MESTRE et Patrice Samuel Aristide BADJI d'avoir accepté de siéger dans le jury de soutenance et accordé leur temps et leur énergie à l'évaluation de ces travaux.

Dans la même perspective, je voudrais remercier de tout cœur ceux qui m'ont aidé dans le long et fastidieux travail de relecture, notamment Dr. Ibrahima Féfior DIA, Dr Sécou Omar DIÉDHIOU, Dr. Cheikh Sadibou COLY, Dr. Sadou BOCOUM, Dr. Mamadou Lamine BALDE, le Juge Issa THIAW.

Par ces quelques lignes, j'exprime également ma gratitude à tous mes collègues du Centre de Recherche Juridique Pothier qui durant ces années de thèse m'ont témoigné leur soutien et leur affection, notamment, Émilie, Caroline, Sarah, Javad, Marine, Kodjo, Sophie, Mudhafar, Alexia et Zoé. J'ai une pensée particulière pour Madame Laurence SALLÉ, ainsi que pour Madame Chantal BEY et à l'ensemble du personnel de la Bibliothèque universitaire pour leur soutien sans faille.

J'exprime surtout mes remerciements à ma famille et à mes amis qui ont rendu ce travail moins solitaire et sans l'affection desquels je n'aurais pas eu la force de mener à terme cette thèse. Mes plus chaleureux remerciements vont à des personnes de qualité inestimable que la vie m'a offert de rencontrer : Adama TAMBA, Ibrahima TOURE, Bacary DIATTA, El Hadj Serigne MBAYE, Waodia NIASSY, Dr. Lamine BADJI, Dr. Maguatte FALL, Ibrahima DIA,

Mamadou Balla BARRO, Fatou DIENG, Gnagna THIOYE, Seydou TRAORE, Ndeye Fatou NDIAYE, Malang DIÉMÉ, Omar DIOP. Je voudrais dire aussi un très grand merci à mon petit frère, Mamadou Lamine NDAW pour ses encouragements si précieux.

Je remercie tous ceux que j'ai malheureusement oubliés, qui, de près ou de loin, à un moment ou un autre, ont été acteurs dans l'aboutissement de ce travail.

Enfin, des remerciements ne seront jamais suffisants et assez forts pour exprimer mon éternelle reconnaissance à mes parents pour leur soutien moral et matériel. Je remercie ma mère, Khady Elisabeth pour ses conseils, prières et appuis constants dans ma réussite. Je remercie mon père, Abdoulaye qui m'a appris la persévérance. Je n'oublie pas, bien sûr, mes très chers frères et sœurs.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Abréviations	Significations
<i>Act</i>	Actualité
<i>Adde</i>	Ajoutez
<i>AJ Contrat</i>	Actualité juridique contrat
<i>AJCA</i>	Actualité juridique contrats d'affaires
<i>AJDA</i>	Revue d'analyse et de veille juridiques
<i>AFA</i>	Agence française d'anticorruption
<i>ACPR</i>	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
<i>AMF</i>	Autorité des marchés financiers
<i>al.</i>	alinéa
<i>art.</i>	Article
<i>AUDCG</i>	Acte uniforme sur le droit commercial général
<i>AUDGO</i>	Acte uniforme sur le droit général des obligations
<i>Bibl.</i>	Bibliothèque
<i>Biblio. de dr. privé</i>	Bibliothèque de droit privé
<i>Bull.</i>	Bulletin
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin civil
<i>Bull. Joly Sté</i>	Bulletin joly sociétés
<i>C. civ.</i>	Code civil
<i>C. com.</i>	Code de commerce
<i>CA</i>	Cour d'appel
<i>Cah. dr. entr.</i>	Cahiers de droit de l'entreprise
<i>Cass. civ.</i>	Cour de cassation Chambre civile
<i>Cass. com.</i>	Cour de cassation Chambre commerciale
<i>CCI</i>	Chambre du commerce international
<i>CDP</i>	Commission des données personnelles
<i>CIMA</i>	Conférence interafricaine des marchés des assurances
<i>CJIP</i>	Convention judiciaire d'intérêt public
<i>CJUE</i>	Cour de justice de l'union européenne
<i>CNIL</i>	Commission nationale de l'informatique et des libertés

<i>COCC</i>	Code des obligations civiles et commerciale
<i>Coll.</i>	Collection
<i>Contrats, conc.</i> <i>Consom.</i>	Contrats, concurrence, consommation
<i>CVIM</i>	Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises
<i>D.</i>	Dalloz (recueil)
<i>Dalloz IP/IT</i>	Revue Dalloz Droit de la propriété intellectuelle et numérique
<i>DIP</i>	Document d'information précontractuelle
<i>dir.</i>	Sous la direction de
<i>Doctr.</i>	Doctrine
<i>DPA</i>	Deferred Prosecution Agreement
<i>DOJ</i>	Department of Justice
<i>éd.</i>	Édition
<i>Fasc.</i>	Fascicule
<i>FPCA</i>	Foreign Corrupt Practices Act
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	Ibidem (dans le même ouvrage ou dans le même article)
<i>JLC. Conc. Cons.</i>	JurisClasseur Concurrence Consommation
<i>JCL. Contr. Distr.</i>	JurisClasseur Contrat-Distribution
<i>JCP</i>	La semaine juridique
<i>JCP E</i>	La semaine juridique édition économique et affaires
<i>JCP G</i>	La semaine juridique édition générale
<i>J.O.</i>	Journal Officiel
<i>LCB/FT</i>	Lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme
<i>LGDJ</i>	Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence
<i>LPA</i>	Les petites affiches
<i>Mél.</i>	Mélange
<i>N°</i>	Numéro
<i>NPA</i>	Non-Prosecution Agreement
<i>Obs.</i>	Observation
<i>OFNAC</i>	Office National de lutte contre la Fraude et la Corruption
<i>OHADA</i>	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires

<i>op. cit.</i>	Opus citatum (ouvrage cité)
<i>PNF</i>	Parquet national financier
<i>Préf.</i>	Préface
<i>PUAM</i>	Presses universitaires d’Aix-Marseille
<i>PUF</i>	Presses universitaires de France
<i>RCADI</i>	Recueils des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye
<i>RDA</i>	Revue de droit d’Assas
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>Rev. dr. unif.</i>	Revue de droit uniforme africain
<i>Rép. civ.</i>	Répertoire de droit civil
<i>Rép. com.</i>	Répertoire de droit commercial
<i>Req.</i>	Chambre des requêtes
<i>RJC</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RGPD</i>	Règlement général sur la protection des données
<i>RLDA</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>RLDC</i>	Revue Lamy droit civil
<i>RRJ</i>	Revue de recherche juridique
<i>RSD</i>	Revue sénégalaise du droit
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>s.</i>	Suivant
<i>spéc.</i>	Spécialement
<i>t.</i>	Tome
<i>T. com.</i>	Tribunal de commerce
<i>TGI</i>	Tribunal de grande instance
<i>Th.</i>	Thèse
<i>UEMOA</i>	Union économique et monétaire ouest-africaine
<i>UCC</i>	Uniform Commercial Code
<i>UKBA</i>	UK Bribery Act
<i>UNIDROIT</i>	Institut international pour l’unification du droit privé
<i>V°</i>	Voir

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE : DES INSTRUMENTS DIFFÉRENCIÉS DE MORALISATION DES CONTRATS D’AFFAIRES EN DROIT FRANÇAIS, SÉNÉGALAIS ET AMÉRICAIN

Titre premier : Les marqueurs spécifiques de la moralisation des contrats d’affaires

Chapitre 1 : La bonne foi, outil de moralisation des contrats d’affaires en droit français

Chapitre 2 : La cause et la bonne foi, outils de moralisation des contrats d’affaires en droit sénégalais

Chapitre 3 : Le « *raisonnable* », outil de moralisation des contrats d’affaires en droit américain

Titre deuxième : Une mise en œuvre hétérogène des outils transdisciplinaires et internationaux de la moralisation des contrats d’affaires

Chapitre 1 : Des marqueurs transdisciplinaires de la moralisation des contrats d’affaires variables dans leur mise en œuvre

Chapitre 2 : Des marqueurs internationaux de la moralisation des contrats d’affaires variables dans leur mise en œuvre

DEUXIÈME PARTIE : VERS DES OUTILS COMMUNS DE MORALISATION DES CONTRATS D’AFFAIRES EN DROIT FRANÇAIS, SÉNÉGALAIS ET AMÉRICAIN

Titre premier : Le déploiement globalisé de la *compliance* au service de la moralisation des contrats d’affaires

Chapitre 1 : La réception de la *compliance* pour moraliser les contrats d’affaires en droit français

Chapitre 2 : L’émergence de la *compliance* pour moraliser les contrats d’affaires en droit sénégalais

Chapitre 3 : L’ancrage de la *compliance* pour moraliser les contrats d’affaires en droit américain

Titre deuxième : Des leviers similaires pour une réduction des inégalités contractuelles dans les contrats d’affaires

Chapitre 1 : Des inégalités contractuelles atténuées par le principe d’équité

Chapitre 2 : La recherche commune d’une justice contractuelle propre aux contrats d’affaires

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« L'éthique n'en est pas moins nécessaire aux contrats d'affaires. Car, sans elle, ces contrats se détruiraient, par le développement de leurs tendances égoïstes, qui deviennent mortelles quand elles ne sont pas bornées : si tous les coups sont permis, le combat cessera bientôt, faute de combattant. L'éthique profite donc aux contrats d'affaires, comme garantie de leur pérennité ».

Thierry Revet¹

1. L'attrait de l'éthique dans le Droit. « Justice contractuelle », « équilibre contractuel », « sécurité juridique », « équité », « attentes légitimes », « *reasonable* », « protection de la partie faible », « adaptation du contrat pour imprévision », « bonne foi », « *favor contractus* », etc. Les législateurs peuvent-ils encore légiférer, les juges peuvent-ils encore statuer, ou les acteurs économiques peuvent-ils exprimer le besoin de sécurité juridique dans leurs relations contractuelles, de manière générale, en étant indifférents aux valeurs éthiques ? En effet, l'éthique s'insinue dans le domaine du droit des affaires et se manifeste dans différentes branches du droit, telles que le droit de la concurrence², le droit pénal³, le droit bancaire et financier⁴, le droit de la famille⁵, le droit des sociétés⁶, le droit fiscal, le droit des biens, le droit du travail, le droit des sûretés⁷. Par ailleurs, elle se retrouve également dans le

¹ T. REVET, « L'éthique des contrats en droit interne », in *III^e Colloque d'Éthique économique*, PUAM, 1997, p. 230.

² L'intérêt du droit de la concurrence à la moralisation des pratiques commerciales apparaît notamment dans l'intitulé du Titre I de la Partie II, de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux Nouvelles Régulations Économiques du 15 mai 2001 (dite NRE).

³ V. notamment, C. LIEVAUX, J. GALOIS (dir.), *Le droit pénal face à l'éthique*, Dalloz, Coll. Thèmes & commentaires, 2023. Le préambule du Code pénal du 16 décembre 1992 dispose : « *S'il y a rupture d'harmonie entre le droit pénal et la morale collective, la loi pénale ne remplit plus efficacement son office dans la Société...* ».

⁴ J. MESTRE, « Éthique et droit des sociétés », Mélanges A. Honorat, éd. Frison-Roche, 2000. Adde la Directive 2005/60/CE portant sur la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme qui a pour objectif, la protection des établissements financiers et de crédit contre ces risques ; Directive n° 2018-843 du 30 mai 2018 entrée en vigueur le 9 juillet 2018 qui a notamment pour objectifs de renforcer la transparence en élargissant l'accessibilité des registres des bénéfices effectifs ; le règlement (CE) n°1781/2006 portant sur les informations concernant le donneur d'ordre accompagnant les virements de fonds. Il a pour objectifs de renforcer la transparence des virements et aider le pouvoir judiciaire à traquer les terroristes et les criminels.

⁵ À titre d'exemple : depuis la réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004, les libéralités entre époux ne peuvent faire l'objet d'une révocation. L'article 515-5-1 du Code civil prévoit également que le partenaire *solvens* qui était animé d'un esprit de solidarité au moment de l'union et qui a financé seul l'achat d'un bien ne peut réclamer un remboursement lors de la liquidation du régime patrimonial.

⁶ P. RICOEUR, « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique », in *Le juste*, Éditions Esprit, 1995, p.41 à 70. Pour l'auteur, à côté de la dimension juridique de la responsabilité, s'est développée une dimension morale de la responsabilité civile.

⁷ A. POUSSON, « Morale et droit du travail », in *La morale et le droit des affaires, Actes de Colloques organisé à l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, 12 mai 1995, Montchrestien, 1996, p. 53 et s.

droit de l'Union européenne, dans le droit OHADA, ou dans le droit international. Les exigences éthiques qui saisissent le droit des contrats d'affaires se sont développées, aussi bien dans les systèmes juridiques civilistes que dans les systèmes juridiques de *Common law*. En observant la longue liste des valeurs éthico-juridiques intégrées au sein du droit des contrats, cela justifie ou même impose une réflexion axiologique de celui-ci. D'autant plus que ces valeurs connaissent un nouvel essor dans le droit des contrats, provoqué par les mutations sociales constantes et une internationalisation des relations d'affaires, impactant directement les pratiques contractuelles traditionnelles.

2. Les mutations de la société, la conséquence d'une mutation de l'atmosphère contractuelle. La seconde moitié du XIX^e siècle a été marquée par une profonde mutation⁸. La société passe de l'artisanale à une société industrielle et commerciale qui voit les banques et les grandes multinationales se constituer et se développer. Cette mutation va se poursuivre à l'aune du XX^e siècle pour donner naissance à l'ère du capitalisme. Elle sera marquée par une concentration et une accumulation de l'économie par certaines entreprises, une expansion de l'activité commerciale, une industrialisation et une urbanisation. Le droit des contrats va naturellement suivre ces profondes mutations économiques, techniques et sociales. Elles sont le point de départ de la reconsidération de la conception erronée d'égalité abstraite des contractants⁹. Ce mouvement va se dessiner grâce au processus d'incorporation de la morale dans les règles qui régissent les relations contractuelles, emportant une remise en cause des principes généraux qui servaient d'explication à la théorie générale du contrat. Le temple de création, de modification, de transmission et d'extinction des obligations n'est plus ce qu'il était jadis¹⁰. Certes le contrat a longtemps été considéré comme « *une forme de coopération antagoniste* »¹¹, mais il ne se limite plus aujourd'hui à la satisfaction d'un intérêt individualiste. Il sert également un intérêt collectif. Au regard de cette approche, le droit des contrats tend vers la recherche d'un rééquilibrage des inégalités contractuelles en général, ainsi que d'une justice contractuelle en particulier.

⁸ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, spéc. n° 33 et s., p. 38 et s.
⁹ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, n° 7, p. 438.

¹⁰ I. Y. NDIAYE, Leçon inaugurale : Le COCC, cinquante ans après (regard furtif), in Colloque (dir. I. Y. NDIAYE et Autres) sur le Code de Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après, vol. 1, 2018, p. 13 ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD. civ.*, avril-juin 1997, p. 359 ; Ph. LE TOURNEAU, « Quelques aspect de l'évolution des contrats », in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz-Sirey 1985, pp. 349 et s. n°4, p. 351 ; M. MEKKI, « Contentieux commercial et de droit des contrats : nouveau droit, nouveau risque », *La semaine Juridiques Entreprises et Affaires* n°13, 31 mars 2016 ; H. BATTIFOL, « La crise du contrat et sa portée », *Archives de la Philosophie du Droit*, t. XIII, 1968, p. 13 et s.

¹¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, tome IV, éd. PUF, Paris, 2000, n°114.

D'une part, la théorie de l'individualisme aura atteint son point de rupture, parce que les changements sociétaux auront considérablement accentué le degré de différence de puissance économique et technique entre contractants¹². D'autre part, le contrat, qui passe d'un outil moins individualiste à un outil davantage solidariste¹³, sera mis en valeur d'un point de vue socio-économique. Le droit des contrats sort donc de sa théorie abstraite en prenant en compte les réalités sociétales, ainsi que celles pratiques dans les relations contractuelles. C'est grâce aux concepts fluctuants, tels que la « bonne foi », l'« abus », la « loyauté », l'« équité », la « morale contractuelle », le « déséquilibre », le « raisonnable », l'« obligation de modérer son dommage », et autres, que l'on observe un renouveau dans la conception du droit des contrats. Ces termes émergent de plus en plus dans la matière contractuelle comme fondements pour justifier les obligations contractuelles et la force obligatoire de ces dernières. De la sorte, il est donc permis de se demander s'il ne s'agit pas là d'une expression de moralisation du contrat. De nombreuses branches du droit sont touchées par cette tendance. À l'exemple du droit de l'environnement, du droit fiscal, du droit des biens¹⁴, etc., et dans cette étude, c'est celle du droit des contrats d'affaires qui retient plus précisément notre attention.

3. La conception classique du contrat reposant sur une certitude imaginaire de liberté et d'égalité. Ces dernières décennies, les multiples consécration de normes juridico-éthiques dans les différents systèmes juridiques sont venues remettre en cause le dogme de l'autonomie de la volonté qui servait à justifier la construction libérale du XIX^e siècle de l'idée de contractants égaux. Ce mouvement est venu confirmer que le paradigme de la volonté autonome ne peut plus être le seul modèle de référence d'administration d'une justice contractuelle¹⁵. Cette transformation de la conception du contrat s'est faite sous le prisme des exigences morales, lesquelles sont en général au service du rééquilibrage des inégalités

¹² V. A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, Libr. Dalloz, 7^{ème} éd., 1932, spéc. n° 9, p. 10.

¹³ V. notamment : D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » in *Mélanges en hommage à F. Terré*, PUF-Dalloz-Jurisclasser, 1999, p. 603 ; Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 ; Ch. JAMIN, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, 159 et 161 ; P. RÉMY, « La genèse du solidarisme », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, op. cit. ; L. LEVENEUR, le solidarisme contractuel : un mythe », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, op. cit. ; M. MIGNOT, « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité », *RRJ*, 2004 ; A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Litec, 2006 ; A. CAYOL, « La réforme du droit des contrats, une consécration du solidarisme contractuel ? », in F. BOTTINI (dir.), *Droits fondamentaux et crise(s) des solidarités*, L'Harmattan, 2019, pp.93-102.

¹⁴ Voir en sens la thèse de G. CAUVIN, *La volonté débordée par la morale. L'exemple de la vente d'immeuble*, Thèse Droit, Paris-Est, 2018.

¹⁵ G. TABI TABI, « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », *Les cahiers du droit*, vol. 53, n° 3, septembre 2012, p. 577.

contractuelles et de l'efficacité économique du contrat. En effet, le contrat qui devrait être un rapport d'intérêts communs entre contractants n'est plus le lieu de choc de domination de la partie forte sur la partie faible, sous prétexte de l'existence d'une volonté autonome¹⁶. Par conséquent, dès lors que les obligations contractuelles peuvent être le fruit d'un consentement vicié et que rien ne semble exclure *de lege lata* les situations d'inégalités entre contractants, il est évident que garantir la justice contractuelle et l'efficacité économique devient *de lege ferenda* une donnée inhérente aux contrats d'affaires. Comme le souligne le Professeur P. Lokiec, l'ère du mythe juridique de contractants égalitaires est révolue¹⁷. Aujourd'hui, la prolifération de nouveaux devoirs¹⁸ et obligations contractuelles à connotation morale, notamment la bonne foi, l'obligation d'information, la loyauté, la coopération, l'obligation de renégociation, démontre une sorte d'absorption des règles juridiques par les exigences éthiques. À cet effet, l'encadrement de la justice contractuelle ne se limite plus à la justice commutative. Pour tendre à cet équilibre contractuel, l'exigence de contracter de bonne foi a été instaurée. Outre, l'exigence d'une raison suffisante pour faire naître une obligation contractuelle, ainsi qu'un contrôle concret des intérêts concurrents des contractants en identifiant la manifestation des droits et pouvoirs exercés de façon déraisonnable. Ainsi, il est aujourd'hui révélateur que la découverte prétorienne de ces devoirs et obligations éthiques entraîne une tendance à la moralisation des relations contractuelles très présente dans les contrats d'affaires où ils semblaient *a priori* exclus.

4. Éthique et contrat d'affaires : deux univers *a priori* antagonistes. Le « monde des affaires » est présenté comme un terrain qui n'est propice ni à l'altruisme ni à l'empathie, à la solidarité ou à la fraternité. En effet, les contractants sont souvent pris par des instincts égoïstes liés à la compétitivité, à la recherche de profit et à l'individualisme pour favoriser leurs intérêts personnels et la conquête de nouveaux marchés. Il a longtemps été marqué par une connotation négative avec notamment la médiatisation de faits de corruption, de détournements, de fraudes, de blanchiment de capitaux, *etc.* Toutefois, le monde des affaires tend aujourd'hui à avoir bien meilleure presse grâce à l'admission de ce que l'on qualifie de manière un peu vaniteuse « éthique des affaires ». Les normes éthiques ont pour objectif de conjurer les excès du *self interest* qui menacent la stabilité des activités économiques, ainsi que de trouver un compromis

¹⁶ C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Economica, 1999.

¹⁷ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 25.

¹⁸ J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », in *Colloque La nouvelle crise du contrat*, Lille, 2001, p.99 et s.

entre le besoin moral de la prise en compte des intérêts de l'autre et l'amoralisme de l'égoïsme des affaires. Cette expression conduit à penser que rien ne semble exclure la compatibilité entre l'éthique et le droit des contrats d'affaires. Ce dernier est le fondement des opérations économiques, c'est-à-dire des relations d'affaires¹⁹. Il doit, dans toutes les phases de la relation contractuelle, offrir aux acteurs économiques des instruments juridiques accessibles, stables, intelligibles et prévisibles, ainsi que des solutions économiquement efficaces²⁰.

5. L'engouement pour l'éthique dans les contrats d'affaires : une nécessité pour l'équilibre et l'efficacité du contrat. L'idée de vouloir parvenir à des contrats d'affaires entièrement justes serait une utopie, mais il n'est pas déraisonnable d'avoir la volonté d'éliminer ou de corriger les injustices et inégalités manifestement réparables. En réponse aux dérives et scandales dans le monde des affaires, ainsi qu'aux excès de l'individualisme et de la recherche du profit qui guident la majorité des contrats d'affaires, le discours éthique a gagné du terrain dans différentes législations. L'impact des mutations économiques et technologiques a rendu nécessaire le besoin de renforcer la sécurité juridique dans les contrats d'affaires afin de pouvoir réguler autrement. Pour cette raison, dans un monde si lié à « l'affairisme », c'est-à-dire à cette tendance à ne s'occuper que de son profit, les principes éthiques ont réussi à se développer et trouver leur place dans la sphère contractuelle. Ils sont devenus des impératifs, permettant de moraliser le contrat afin de distinguer le juste et l'injuste, en fonction de ce qui est acceptable et conforme aux exigences de transparence, d'équilibre, de confiance, de justice dans les rapports contractuels. Le processus de moralisation des contrats d'affaires revêt aussitôt un intérêt particulier. Il incite à mettre en perspective le sensible rapprochement du raisonnement moral à celui qui est juridique. Ce qui pourrait permettre de prendre conscience du décalage qui peut exister entre la conception du droit des contrats telle qu'appréhendue à travers le dogme de l'autonomie de la volonté et la réalité de la pratique contractuelle.

6. Après ces quelques observations introductives, pour mener à bien cette étude, il convient tout d'abord de présenter les notions nécessaires à la compréhension de notre analyse, c'est-à-dire les prolégomènes de référence (I) ainsi que le cadre théorique de la recherche (II). Seront exposés ensuite les enjeux de la recherche (III), et la problématique retenue (IV). Enfin, l'hypothèse de recherche, la méthode de recherche (V), et l'annonce du plan d'étude (VI)

¹⁹ P. MORAND et Y. WEHRLI, « Propos introductifs », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, P. STOFFEL-MUNCK (dir.), Dalloz, 2015, p. 1 et s.

²⁰ E. DA ALLADA, *Le traitement des contrats d'affaires par le droit OHADA*, PUAM, vol. 11, 2021, p. 47.

clôtureront l'exposé de ces préalables nécessaires afin de vérifier si la moralisation des contrats d'affaires n'est pas qu'une représentation idéalisée dans le monde des affaires.

I- Prolégomènes à l'étude de la moralisation des contrats d'affaires dans les systèmes juridiques de droit français, de droit sénégalais et de droit américain.

7. « *La raison en est que la loi est toujours quelque chose de général et qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec certitude* », disait Aristote²¹. L'éthique serait-elle alors un correctif de la loi, ou un correctif d'un vide juridique, une source d'inspiration qui fournit un cadre de valeurs et de principes moraux dans l'élaboration des lois, une norme à connotation morale permettant de légiférer là où le droit positif a manqué de statuer ?

Traditionnellement, comme le souligne le philosophe J. Bentham sur l'importance du travail de définition des termes²², le premier réflexe pour un juriste féru du sens des mots, nécessaire à toute recherche juridique, serait d'ouvrir un bon lexique, ouvrage ou dictionnaire pour connaître le sens des termes et procéder à un travail de définition. Ainsi, une fois que nous aurons étudié les origines de la notion d'éthique (A), nous poserons sa définition et procéderons à sa comparaison avec quelques notions voisines (B), puis examinerons les différentes appréhensions de la notion de contrat d'affaires (C), avant d'évoquer la notion de moralisation (D), pour enfin présenter les trois systèmes juridiques choisis pour la comparaison (E).

A- Les aspects historiques de la notion d'éthique

Il conviendra tout d'abord de présenter l'étymologie (1), ensuite la genèse (2) de la théorie d'éthique.

1- Étymologie de la théorie d'éthique

8. L'éthique est une notion ancienne qui a pris ses sources dans les croyances religieuses afin de voir le jour dans la pensée philosophique de certains auteurs, tels que Aristote, Platon, Spinoza, Kant, Hobbes, Ricœur, Bentham, Weber, Rawls, *etc.*, qui ont fait du concept une

²¹ ARISTOTE. *Éthique à Nicomaque*. Paris : Vrin, 1972. 540 p. Coll. Bibliothèque des Textes Philosophiques.

²² J. BENTHAM, *Manuscript 27.45* (cié par D.G. LONG, *Bentham on liberty, Jeremy Bentham's idea of liberty in relation to his utilitarianism*, Toronto et Buffalo, 1977, p. 65). « Définissez vos mots, affirme tout homme qui connaît la valeur de ceux-ci, qui connaît l'usage de ceux-ci, qui comprend ce qu'ils veulent dire ; définissez-les dans l'intérêt de l'éthique ; mais surtout, définissez-les dans l'intérêt du droit ».

théorie²³, à travers divers courants²⁴. S'intéresser à la question de la cohabitation entre l'éthique et le droit des contrats d'affaires amène à s'interroger sur les fondements de cette notion d'éthique, et plus particulièrement sur l'étude de ses origines historiques. Dans cette optique, face aux développements des exigences d'une éthique contractuelle qui influencent les différents secteurs de l'activité économique, ainsi qu'aux débats intenses qui animent de nos jours la doctrine, il faut rétrospectivement remonter aux racines, à l'étymologie de la notion afin de cerner davantage les enjeux contemporains.

9. La notion d'éthique d'origine grecque « *ethos* » qui, littéralement, est définie comme les mœurs, est une notion très proche de la morale d'origine latine « *mores* », « *mos* » et « *moralis* » qui signifie également les mœurs²⁵. Les notions d'éthique ou de morale sont souvent utilisées l'une pour l'autre par certains philosophes pour désigner les mœurs, la conduite de la vie, les règles de comportement, et seraient *a priori* synonymes²⁶. L'éthique désigne dans son acception étymologique une visée, un but, mais aussi les mœurs. Pour une première définition qui remonte au IV^e siècle av. J. C, proposée par Aristote, l'éthique « *recherche le telos, la cause finale, qui trouve son accomplissement dans la juste mesure, la sagesse pratique (phronesis)* »²⁷. Les différentes réflexions menées sur l'éthique relative aux conduites humaines, aux valeurs et aux principes qui les sous-tendent ont permis d'établir une théorie,

²³ V°. F.-A. ISAMBERT, « L'éthique des grandes religions et l'esprit de Max Weber », *Arch. de Sc. soc. des Rel.*, 2004, 127, (juillet-septembre 2004) 9-32 ; J. IGALENS, M. JORAS, *La sureté éthique, du concept à l'audit opérationnel*, EMS, Caen, 2010. Ces auteurs identifient six approches philosophiques qu'ils considèrent comme fondatrices d'une éthique du comportement : l'éthique fondamentale de R. Ogien, c'est-à-dire « *régler sur sa conscience afin de ne pas nuire* » ; l'éthique de conviction de Kant qui consiste à « *faire son devoir, s'en remettre à ses croyances, à son idéal, à sa culture* » ; l'éthique de l'altérité de Levinas qui invite à la « *prise en compte des intérêts d'autrui* » ; l'éthique de responsabilité développée par H. Jonas qui incite à « *répondre des conséquences de ses actes pour le présent et l'avenir* » ; l'éthique de la discussion soutenue par Habermas qui consiste à « *ajouter à ses valeurs celles des autres afin d'agir selon des règles consensuelles, partagées et reconnues* », etc.

²⁴ Nous pouvons citer les courants suivants : Éthique du Bien d'Aristote et de Platon pour qui « *la vie morale consiste à acquérir et développer ses capacités fondamentales pour répondre à l'attrait du Bien* » ; Éthique du bonheur de Spinoza, Comte-Sponville et Mishari qui pense que « *la véritable sagesse réside dans la compréhension de l'ordre de la nature qui permet ainsi d'affirmer le principe de joie éternelle, de puissance* » ; Éthique du devoir de Kant, Hume, Hobbes, Ricœur qui soutiennent que l'éthique « *répond à la question « que dois-je-faire »* ». *La raison est la seule source de valeurs morales. L'Homme vertueux est celui qui agit par respect du devoir. Le devoir est une contrainte* ». Éthique utilitariste de Weber, Bentham, Rawls et Sen pour qui « *La téléologie, c'est-à-dire qu'une action ne peut être jugée bonne que par rapport à ses conséquences* ».

²⁵ V. notamment : F. DEBOIS, « L'impact de la dimension éthique dans la stratégie de communication de l'entreprise : la nécessité d'une communication « responsable » », *Communication et organisation*, 26/2005, consulté en ligne le 18 juin 2024, <https://journals.openedition.org/communicationorganisation/13125> ; V. DIAZ PEDREGAL, et J. BALLE, « Éthique », Vivien Blanchet éd., *Dictionnaire du commerce équitable*, Éditions Quæ, 2012, pp. 128-131 ; C. LE GALLOU, « La notion d'éthique du profité », in *L'entreprise face à l'éthique du profit*, Colloque novembre 2007, Faculté de droit de Martinique, L'harmattan, 2008, p. 9.

²⁶ E. PUTMAN, « Rapport introductif », in *III^e Colloque d'Éthique économique*, op. cit., p.

²⁷ ARISTOTE. *Éthique à Nicomaque.*, op. cit.

une science de la morale qui traite du « bien suprême, la nature et la valeur de la conscience morale, fondement des obligations »²⁸.

2- Genèse de la théorie d'éthique

10. Les fondements éthiques de la société moderne ont été établis dans les civilisations grecques et romaines. Son étude par les penseurs philosophiques a été amorcée dans la Grèce antique, où l'éthique a été appréhendée comme évoquant le caractère propre de l'Homme de se comporter de façon vertueuse dans la cité, c'est-à-dire un outil régulateur des comportements²⁹. Le manque, l'absence ou la déficience d'un comportement éthique chez l'Homme donnera lieu à un déclin des vertus morales de la société, et, par conséquent, favorisera l'exigence d'une conduite éthique prônée par les philosophes grecs, tels que Socrate, Aristote et les stoïciens³⁰.

11. Les présocratiques³¹ furent les premiers auteurs à s'intéresser à la question des sources de l'éthique, mais c'est avec Socrate que l'éthique va apparaître comme une discipline de la philosophie³². En effet, c'est chez lui qu'apparaîtra un intérêt aux comportements éthiques lorsqu'il se tourne vers l'Homme, sa conduite dans la cité et vers lui-même. Cet intérêt apparaît dans la maxime « connais-toi toi-même » qui est l'art de l'interrogation, d'un raisonnement qui doit être justifié par des arguments rigoureux de la vertu. Son idéal éthique était alors de subvenir à tout conformisme, à tout modèle moral.

Platon, disciple de Socrate et penseur de l'idée du bien, accorde à cette dernière la plus haute place dans le monde intelligible³³. Pour lui, la seule et vraie réalité est que notre monde n'est que le reflet de l'imparfait dans les relations entre les individus. Pour Platon, « tout est éthique » dans la mesure où, l'Homme doit examiner comment vivre en cité, se préoccuper des prérequis pour une vie vertueuse en cité. En effet, pour lui, « *le plus grand bien pour l'être humain est la justice qui réside dans l'excellence et l'harmonie de l'âme* »³⁴.

Quant à Aristote, il va se démarquer de ses prédécesseurs et sera le premier à rédiger des Traités éthiques, notamment son célèbre ouvrage : *Éthique à Nicomaque*. Il définit à travers

²⁸ P. FOULQUIÉ, *Dictionnaire de la langue philosophique*, PUF, Mayenne, 1982.

²⁹ P. LOUART, « Éthique », in *Encyclopédie de la gestion et du management*, Dalloz, Paris, 1999, p. 368.

³⁰ J.-F. MATTÉI, « Éthique et histoire », in *III^e Colloque d'Éthique économique*, op. cit., p. 28.

³¹ Le terme « présocratique », c'est-à-dire les penseurs philosophes antérieurs à Socrate, parmi les plus significatifs figurent Thalès, Milet, Pythagore, etc. a été forgé au XVIII^e siècle. Socrate étant présenté comme le philosophe ayant donné le ton à la rupture avec la philosophie de la nature, au profit d'une philosophie de l'Homme.

³² J. COOPER, « Socrate et la philosophie comme manière de vivre », *Études platoniciennes*, 2007, pp. 297-321.

³³ J.-F. MATTÉI, « Éthique et histoire », in *III^e Colloque d'Éthique économique*, op. cit., p. 30

³⁴ M. HILFIGER, « « L'humanité » chez Platon », *Le Philosophoire*, vol. 23, n° 2, 2004, pp. 166-194 ; A. MERKER, *Une morale pour les mortels : l'éthique de Platon et d'Aristote*, Les Belles Lettres, Paris, 2011.

ce traité les concepts fondamentaux de la morale, tels que le Bonheur qu'il considère comme bien suprême, la justice, la Vertu comme juste milieu, l'Amitié, *etc.*³⁵ Aristote, en considérant l'éthique, plus anthropologique et plus naturaliste, va donner à cette pensée éthique une forme plus organisée et une nouvelle approche conceptuelle³⁶. Toutefois, pour les épicuriens et les stoïciens qui auront des points de vue divergents sur la pensée éthique, celle-ci est une rationalité universelle permettant de régler le comportement humain³⁷. L'éthique a donc marqué son époque et continue d'être au centre des débats, même en dehors de la philosophie.

B- La définition de l'éthique et les notions voisines

12. Depuis plusieurs décennies, la théorie de l'éthique ne cesse de prendre une importante place en tant que norme dans la régulation de la société contemporaine, intégrant désormais, le droit en général, et les contrats d'affaires, en particulier. Il conviendra de voir tout d'abord l'aspect sémantique de la notion d'éthique (1). Et il s'agira ensuite de présenter la distinction de l'éthique avec certaines notions voisines (2).

1- Aspect sémantique de la notion d'éthique

13. Présenter l'aspect sémantique de l'éthique a nécessité tout d'abord de définir la notion (a), et ensuite de voir les différentes perceptions de la notion d'éthique dans les trois systèmes juridiques étudiés (b).

a- Définition de la notion d'éthique

14. Les définitions de la notion d'éthique sont nombreuses et diverses. Selon l'usage courant du terme, l'éthique est une science qui a pour objet le jugement d'appréciation du bien et du mal³⁸. Il pourrait nous être reproché de nous limiter à une appréhension sans consistance. Il convient donc d'envisager avec plus de profondeur et d'acuité cette notion qui est au centre de notre étude.

15. Dans l'encyclopédie universelle, l'éthique est définie comme « *l'étude théorique des principes qui guident l'action humaine dans les contextes où le choix est possible* ». L'éthique est un « *ensemble des principes gouvernant l'action des individus pour autant qu'ils agissent* ».

³⁵ V. *Éthique à Nicomaque*, Livre I, chap. VI et VII.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ J.-Y. LACOSTE, *Dictionnaire critique de théologie*, PUF, Paris, 1998.

³⁸ Vocabulaire technique et critique

en fonction de leur appartenance à un groupe social déterminé et que cette appartenance impose des règles de conduite »³⁹.

Dans le *Littré, Dictionnaire de la langue française*, l'éthique est définie sommairement comme : « la science de la morale », c'est-à-dire « qui appartient à la morale »⁴⁰. C'est un « ensemble de règles qui doivent diriger l'activité libre de l'homme »⁴¹.

Dans la philosophie morale, et plus particulièrement chez Aristote, le concept d'éthique est une « sagesse pratique », c'est-à-dire une réflexion sur le bien agir. Elle vise à établir des normes pour éviter autant que possible de transgresser les règles établies⁴². Parlant de l'éthique, la Professeure B. Bouquet de son côté, la perçoit comme « (...) un positionnement critique sur les normes de conduite de différentes natures, un questionnement permanent des orientations générales par l'acte singulier »⁴³. Donc, pour les classiques, l'éthique est une science qui porte sur l'étude des pratiques morales.

Au regard de ces définitions, l'éthique serait alors conçue comme un ensemble de principes et de facteurs moraux qui orientent le comportement humain, un outil d'analyse et de critique de la conception du bien et du mal, du juste dans une société ou dans une activité donnée. Elle est également un outil de référence, un modèle permettant l'élaboration des normes prônant le respect des règles établies.

16. À travers ces quelques définitions, nous constatons que la notion d'éthique est prise dans des controverses doctrinales, dans des interprétations divergentes. Sa définition ne fait pas l'unanimité dans les différents courants de pensée. En revanche, même s'il n'existe pas une seule et unique théorie éthique indiscutable, stable et faisant consensus, l'ensemble de ses théories de l'éthique ont un point commun. En effet, elles émergent d'un questionnement fondé sur la conduite acceptable qui réside dans la critique et la recherche permanente du sens des actions, de leur justesse, de leur légitimité. Elles mettent l'accent sur le perfectionnement de l'être humain qui doit agir comme un « Être vertueux ». Par conséquent, ces différentes théories de l'éthique sont loin de se contredire, mais se complètent.

17. Toutefois, au-delà de ses diverses définitions, nous pouvons tout de même essayer de retenir celle tirée du *Vocabulaire juridique* dirigé par le doyen G. Cornu : celle de considérer que l'éthique est un « ensemble de principes et valeurs guidant des comportements sociaux et

³⁹ A. JACOB, *Encyclopédie philosophique universelle, les notions philosophiques*, t. 1, PUF., Vendôme, 1998.

⁴⁰ V° éthique, *Le Littré : dictionnaire de la langue française en un volume*, Hachette DL 2000, p. 612.

⁴¹ V° morale, *Ibid*, p. 1042.

⁴² ARISTOTE. *Éthique à Nicomaque*, op., cit.

⁴³ B. BOUQUET, *Éthique Et travail social : Une recherche du sens*. Paris : Dunod, 2004. Coll. Action Sociale.

professionnels, et inspirant des règles déontologiques (codes de bonne conduite, de déontologie ou de bonnes pratiques) ou juridiques (lois dites bioéthiques) »⁴⁴.

18. Ces différentes définitions de la notion d'éthique sont d'un intérêt particulier pour cette étude, mais n'épuisent pas tout l'intérêt de cette recherche. Toutefois, il serait possible d'en tirer trois fondements : l'éthique est une théorie, l'éthique est un guide comportemental qui dirige l'action de l'individu, et enfin l'éthique est considérée comme une science qui étudie la vie en société et qui élabore des théories qui guident l'élaboration des règles juridiques empreintes de principes et valeurs moraux. Cependant, l'éthique pourrait être perçue de façon différente sur les trois systèmes juridiques étudiés ; à savoir le droit français, le droit sénégalais et le droit américain.

b- Les différentes perceptions de la notion d'éthique

19. La conception de l'éthique en droit français. Traditionnellement, le terme éthique est peu employé en droit positif français et plus particulièrement dans les textes relatifs à la matière contractuelle. Toutefois, c'est une notion qui pourrait notamment évoquer celles de devoir de conseil, d'obligation d'information, d'obligations de loyauté et de bonne foi contractuelle, d'équilibre contractuel, de solidarisme, de transparence, de coopération, de *compliance*, qui sont implicitement ou explicitement mentionnées dans les textes du droit positif français.

Le terme éthique s'est imposé depuis une vingtaine d'années dans les terminologies de l'activité économique, à l'exemple des relations d'affaires, du management des entreprises et de la protection de droits fondamentaux. Selon le Professeur A. Lacroix, « *l'éthique est une réflexion qui mène à des choix, en fonction des valeurs et des normes qui sont priorisées* »⁴⁵. C'est cet esprit qui est aujourd'hui intégré dans le droit des contrats français. En effet, avec la réforme du droit des contrats de 2016, les rédacteurs du Code civil ont adopté une conception moralisatrice du contrat à travers plusieurs dispositions qui sont fondées sur des principes d'éthique contractuelle. De nouvelles règles de comportement à connotation morale ont été ajoutées au Code civil pour obtenir des rapports contractuels plus loyaux, plus raisonnables et plus équitables. C'est l'exemple, notamment de la consécration de la bonne foi en principe générale, de la généralisation de l'obligation d'information, de la prohibition de l'abus de

⁴⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique : association Henri Capitant*, PUF, 2024, p. 422.

⁴⁵ A. LACROIX, « L'insuffisance du droit en matière d'éthique ou les lois sur l'éthique : voyage au pays de l'absurde ! ». *Éthique publique*, n° 13 (1), 2011, p. 95-115.

dépendance et des clauses abusives. L'impératif de ces principes éthiques qui incarnent un certain nombre de valeurs, telles que l'honnêteté, la loyauté, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui⁴⁶, la prise en considération des intérêts de l'autre partie, requiert une application et un respect en matière contractuelle. Ainsi, une nouvelle moralité contractuelle qui est déjà préluée par la jurisprudence se dresse dans les textes de loi pour régir les rapports entre parties au contrat.

20. Dans le domaine contractuel, l'éthique servirait ainsi en droit français à encadrer les rapports et à guider le comportement des parties au contrat. L'émergence des normes éthiques n'y a pas simplement pour but d'imposer aux parties au contrat un état d'esprit positif dans l'optique de ne pas nuire à son cocontractant. Il est également question de développer une nouvelle philosophie contractuelle afin d'imposer un certain nombre de comportements d'ordre éthique, qui, au-delà de l'intérêt individuel, vont permettre de favoriser l'intérêt général. C'est peut-être pour ces raisons que le législateur français a introduit dans le Code civil une « moralité contractuelle ». En effet, dans les régimes juridiques applicables aux relations d'affaires entre contractants, les préoccupations éthiques jouent un rôle non négligeable. Ainsi, dans tous les domaines contractuels, il est impossible de faire abstraction à toute considération d'ordre éthique, pour non seulement apprécier la validité des stipulations contractuelles, mais aussi les conséquences des comportements des parties dans l'exécution de leurs obligations. En conséquence, la production des règles éthiques a considérablement augmenté ces dernières années dans divers domaines de l'activité économique. Par exemple, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite « Sapin 2 », et la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017, dite « loi Vigilance ».

21. La conception de l'éthique en droit sénégalais. Le juge Kéba MBAYE, dans son éloquent discours de leçon inaugurale prononcé à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, soutient que *« l'éthique, aujourd'hui, nous apparaît comme un ensemble de règles écrites ou non écrites, inspirées par la morale pratique et qui doivent être respectées dans la vie professionnelle et dans la vie de tous les jours. Dès lors, l'éthique devient une “formule de vie” commune à toute une société dans le sens que les sociologues donnent à ce vocable »*⁴⁷. Pour la société « sénégalaise qui a une tradition dualiste de la vie et des comportements des hommes »⁴⁸, le sens d'être, de faire et de vivre ensemble, ainsi que l'idée du bien commun

⁴⁶ Cass. com., 20 septembre 2011 : *RTD civ.* 2011, p. 760, obs. B. Fages

⁴⁷ K. MBAYE, *L'éthique aujourd'hui, Leçon inaugurale*, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 14 décembre 2005.

⁴⁸ *Ibid.*

occupent une place prioritaire. Dans les rapports dans la cité, chaque individu doit être en mesure de prendre ses responsabilités envers les autres. C'est pourquoi, quand la logique du fonctionnement de la société pousse chaque individu à la compétition qui exclut la prise en compte des intérêts des plus faibles, il devient alors naturel de prendre en considération leur sort quant au besoin d'une distribution équitable de la richesse dans la cité.

Toutefois, les valeurs éthiques se distinguent d'une culture à une autre, d'un milieu à un autre et d'une époque à une autre. Il pourrait donc exister une hiérarchie de distinction que chaque société se fait du bien et du mal, de la liberté et de la solidarité, du bien individuel et du bien collectif, *etc.* Et dans la civilisation sénégalaise, les valeurs morales se sont d'abord affirmées comme des devoirs ou des obligations, auxquelles tout individu devrait naturellement s'ordonner. Il peut notamment s'agir de la valeur du respect et de la dignité humaine, des valeurs humanistes : égalité, solidarité, fraternité, justice, *etc.* Chaque individu étant membre d'une communauté autonome et solidaire, ses comportements dans ses rapports et ses activités devraient, par conséquent, être guidés par des considérations d'ordre éthique qui décrivent l'identité de sa communauté, comme la vertu, la solidarité ou la moralité du sens commun. Face à un individu en situation de faiblesse ou de vulnérabilité, les valeurs sociales qui fondent la société sénégalaise sont là pour rappeler ce devoir qui incombe à chacun d'agir de façon rationnelle afin de rétablir le lien social.

22. Le rôle important de la cellule familiale dans l'irrigation des valeurs morales.

Dans la société traditionnelle sénégalaise, marquée par la rencontre de trois grandes civilisations⁴⁹, la cellule familiale a toujours été le lieu où s'opère la genèse des valeurs morales⁵⁰. Véritable microcosme de la société sénégalaise⁵¹, c'est en son sein que les vertus sociales et les valeurs morales sont inoculées dès l'adolescence. Ces valeurs sont très tôt inculquées à l'adolescent qui est amené dans sa conduite et son comportement à discerner le bien du mal, le permis de l'interdit. Lesdites valeurs et vertus morales étaient, notamment, la dignité, la respectabilité, la probité, l'honorabilité, la générosité, le respect de la parole, *etc.*

Cette pensée éthique n'a pas donc manqué de marquer en partie le droit positif sénégalais au lendemain de l'indépendance, à travers l'adoption de deux lois : lois du 10 juillet 1963 et du

⁴⁹ Il s'agit des civilisations africaine, arabo-islamique et française.

⁵⁰ Pour le Professeur M. B. NIANG, « à travers le régime juridique de la prise en charge des vulnérabilités économiques, le législateur sénégalais évoque la rôle social de la famille ». M. B. NIANG, « Solidarités familiales et prise en charge des vulnérabilités économique en droit sénégalais de la famille », *Nouvelles Annales Africaines*, n° 2, 2011, p. 238.

⁵¹ A. S. DIOP, « Les valeurs morales à travers l'évolution socio-culturelles du Sénégal », *Éthiopiennes*, n° 31, *Revue socialiste de la culture négro-africaine*, 1982.

13 juillet 1966, lesquelles dotent le Sénégal d'un Code des obligations civiles et commerciales (COCC).

On ne saurait apprécier correctement l'effectivité de la moralité et des vertus morales dans la société sénégalaise, en faisant abstraction de l'avènement de la souveraineté politique et celui de la mondialisation. Ils ont systématiquement affecté le tissu social, la moralité et les mœurs dans leur rôle à être appréhendés comme « *lieu de secours et d'expression d'un droit fondamental à l'assistance* »⁵². Toutefois, dans le processus de restructuration politique, administrative, et juridique postcoloniale du pays, la majorité des textes législatifs ont su préserver l'identité socioculturelle et morale de la société sénégalaise ayant favorisé la préservation des valeurs morales.

23. La conception de l'éthique en droit américain. La doctrine américaine s'est très tôt intéressée à la question « éthique » liée aux activités économiques. En effet, la doctrine américaine est présentée comme étant la première à s'intéresser à l'étude des problématiques éthiques du monde des affaires. Tout a commencé dans les années 60, plus précisément en 1961, lorsque Raymond Baumhart, dans un article publié dans le « *Harvard Business Review* », s'est interrogé sur les préoccupations éthiques dans la conduite des acteurs du monde des affaires⁵³. Plusieurs scandales se sont produits aux États-Unis dans les années 1960 et 1970. Il s'agit notamment du scandale *Goodrich* de 1968 qui portait sur la fraude réalisée sur des tests en laboratoire pour des freins qui devaient équiper les chasseurs de l'Air Force américaine, de l'affaire de la porte de cargo du *DC-10 et McDonnell — Douglas* en 1974 et l'affaire *Lockheed*⁵⁴ en 1976 qui portait sur des pots-de-vin accordés à des officiers publics japonais dans le but d'obtenir la signature d'un contrat de vente d'avions. Ces événements ont suscité des interrogations sur le mythe : « *que le monde des affaires serait amoral dans la mesure où les décisions ne seraient prises qu'en fonction de la recherche du profit* ». Ces scandales vont pousser le législateur et les institutions juridictionnelles à reconsidérer la place que doit occuper

⁵² M. B. NIANG, « Solidarités familiales et prise en charge des vulnérabilités économique en droit sénégalais de la famille », *op. cit.*, p. 238.

⁵³ M. DION, *L'évolution de l'éthique des affaires aux États-Unis (1961-2002) : la théorie institutionnelle en action, Éthique et économie*, 2008.

⁵⁴ Il faut rappeler que le "*Foreign Corrupt Practices Act*" (FCPA) est directement issu de cette affaire. L'affaire *Lockheed* et d'autres scandales qui l'avaient précédé avaient porté atteinte non seulement à la politique étrangère américaine, mais aussi à la confiance du public américain et étranger quant à l'intégrité financière des entreprises américaines. Les objectifs de cette loi étaient au nombre de trois : le premier objectif était d'exiger plus de précision dans les données des livres et comptes des entreprises qui doivent refléter équitablement et préciser les transactions et dispositions d'actifs de la compagnie ; le deuxième objectif était de maintenir un système de contrôle comptable interne qui doit être responsable afin de s'assurer que les transactions sont faites en accord avec le management ; et le troisième objectif était interdire la corruption d'officiers étrangers.

la réflexion éthique dans les relations d'affaires. Plusieurs auteurs tentent de démontrer que l'entreprise n'est pas qu'une institution économique, elle doit intégrer dans sa politique managériale des questions d'ordre éthique, puisqu'elle a également des responsabilités envers la communauté. Ces préoccupations éthiques vont créer une effervescence des codes éthiques dans les entreprises américaines dans la période 1975 à 1985 qui seront orientés vers le bien commun. Des préoccupations sur lesquelles le juge qui occupe une place centrale dans le système juridique américain devra aussi veiller. Ce dernier peut intégrer dans son raisonnement des considérations d'ordre moral. Autrement dit, ce qui est central en droit américain, ce n'est pas la règle, mais plutôt le juge et son jugement. Il ne se réduit pas à la « bouche de la loi »,⁵⁵ comme le disait Montesquieu, contrairement à la tradition civiliste qui accorde une place centrale à la loi votée par le parlement appliquée souvent de façon mécanique.

24. Il est donc important de noter, dans le système juridique américain, une véritable tradition de la prise en compte des exigences éthiques, centrées sur le bien commun, l'honnêteté, le raisonnable ou la loyauté, qui sont également intégrées dans le droit des contrats. Les juges américains et le législateur ont établi des règles de protection des parties faibles afin d'introduire de l'éthique dans les relations d'affaires, même si la bonne foi, corolaire des notions de loyauté et de solidarité contractuelle, n'a pas été spontanément reconnue comme principe directeur en droit américain. Toutefois, il s'agit d'un système juridique qui reconnaît la notion de « *promissory estoppel* »⁵⁶ et qui permet de sanctionner une personne qui aurait suscité la confiance d'un tiers sur le fondement du principe d'interdiction de se contredire au détriment de l'autre partie au contrat. Par conséquent, les préoccupations aux exigences éthiques apparaissent donc à travers la reconnaissance implicite d'un principe directeur de bonne foi selon lequel l'honnêteté et le raisonnable doivent guider le comportement des parties au contrat afin qu'elles prennent en compte les intérêts légitimes de chacune d'elles.

Plusieurs codifications et décisions de justice américaines ont fait émerger, dans le monde des affaires, des exigences éthiques de transparence, de bonne foi, d'honnêteté, de raisonnable, de « *compliance* » que les acteurs économiques doivent respecter. Ces différentes manifestations des exigences éthiques témoignent du souci du législateur et des juges de moraliser l'activité économique en réglementant les échanges, en adossant la morale sur un code social qui s'impose à tout acteur économique dans les relations contractuelles. L'éthique

⁵⁵ MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, in *Œuvres complètes*, Pléiade, t. II, 1951, p. 404.

⁵⁶ V. not. B. FAUVARQUE-COSSON, « L'estoppel du droit anglais », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, M. Béhar-Touchais (ss dir.), Economica, 2001, p. 3 et s.

est aujourd'hui perçue comme un instrument efficace de gestion des affaires, de l'entreprise. Il ne semble pas donc avoir une différence de perception de la notion d'éthique en droit français, en droit sénégalais et en droit américain. Seuls les instruments de leurs manifestations et les sources des exigences éthiques semblent quelquefois différents. L'éthique s'impose en ce sens comme une théorie universelle qui ne se limite plus aux sciences et aux technologies.

2- La distinction entre l'éthique et certaines notions voisines

25. L'éthique est une règle de comportement, un principe général de conduite vertueuse obligatoire qui est souvent distingué avec d'autres notions voisines, telles que la morale (a), la déontologie (b), la confiance (c) et la *compliance* (d). Cette distinction amène également à s'interroger sur sa juridicité (e).

a- Distinction entre l'éthique et la morale

26. Comme nous l'avons précédemment précisé, étymologiquement, il n'y a pas de distinction entre éthique et morale. Pour les anciens philosophes, l'éthique, la morale et la déontologie étaient trois façons différentes de dire la même chose : les mœurs. Mais depuis Spinoza et Kant, certains auteurs ont trouvé utile de les distinguer. C'est notamment le cas de P. Ricœur qui rejoint leur idée et définit la morale comme « *ce qui s'impose comme obligatoire (...), marqué par des normes, des obligations, des interdictions, caractérisé à la fois par une exigence d'universalité et par un effet de contraintes* », tandis que l'éthique serait perçue comme « *ce que la personne estime bon de faire* »⁵⁷.

Donc, la controverse quant à la distinction entre la notion de « morale » et la notion d'« éthique » demeure. Mais dans le langage commun, les deux notions sont volontairement confondues pour ne pas les distinguer. Dans une conception assez classique, le philosophe Jean-Castier Billier, comme d'autres auteurs de son époque, considère la « morale » et l'« éthique » comme deux notions équivalentes⁵⁸.

Pour revenir aux définitions des deux notions, l'« éthique » est un ensemble de principes et de valeurs permettant le questionnement permanent sur un bien et un mal qui dépend des valeurs de la cité. En ce qui concerne la notion de « morale », c'est un ensemble de règles qui régissent le comportement de l'Homme et qui permettent de distinguer le bien du mal, le juste de l'injuste, l'acceptable de l'inacceptable, auxquels l'individu devrait se conformer dans ses

⁵⁷ P. RICŒUR, « Éthique et morale », Lecture 1, Le Seuil, 1991.

⁵⁸ J.-C. BILLIER, *Introduction à l'éthique*, 1^{ère} éd. Paris : Presses Universitaires de France, 2010.

actions et ses décisions. Les deux notions se rapportent au champ des valeurs et des principes moraux. Ainsi, pour définir la notion d'éthique, il semble impossible de faire fi aux concepts de la morale. À chaque questionnement qui fait appel à la réflexion éthique, dans la recherche du sens de l'action humaine, on s'interroge sur les principes et valeurs de la morale. Ainsi, l'éthique impose dans chaque situation, avant toute action ou décision, de s'interroger sur des valeurs morales et des principes moraux qui devraient nous orienter dans le but d'agir conformément à ceux-ci. Les deux notions sont difficilement dissociables, l'éthique étant une réflexion théorique sur la morale. Comme le souligne Jean-Pierre Obin, entre les deux notions, il n'existerait qu'une différence de degré⁵⁹.

Dans notre étude, pour des raisons purement conceptuelles, nous n'opérerons pas de distinction entre l'« éthique » et la « morale ». Nous suivrons le choix de J. Moussé, qui, dans son livre « *Éthique et entreprise*⁶⁰ », soutient l'équivalence des deux notions. Il s'agit en effet de rejoindre l'avis de nombre d'auteurs qui sont du côté de la non-distinction des deux notions.

b- Distinction entre l'éthique et la déontologie

27. La notion de déontologie, qui dérive également du grec, plus précisément du mot « *deontos* », est définie par le Petit Larousse comme l'« *ensemble des règles et des devoirs qui régissent une profession, la conduite de ceux qui l'exercent, les rapports entre ceux-ci et leurs clients et le public* ».

La déontologie est vue comme une science des devoirs, ce qui la rapproche de la définition originelle de l'éthique vue comme la science de la morale. La différenciation entre l'éthique et la déontologie se fera sur la sphère de l'usage du vocable de cette dernière dans des contextes bien précis : ceux des devoirs professionnels. Comme le souligne A. Couret, « *la déontologie est nécessairement l'expression opérationnelle d'une éthique des affaires. L'éthique donne des principes directeurs : la règle déontologique leur donne un contenu concret* ». ⁶¹ Contrairement à l'éthique qui est une notion morale avec une portée générale, la déontologie vise plutôt à réguler un corps de métier identifié par le biais de règles et devoirs jugés fondamentaux auxquels devraient se soumettre les personnes exerçant la profession⁶².

⁵⁹ J.-P. OBIN, « Pour les professions de l'éducation nationale : morale, éthique ou déontologie? » in *Education et devenir*, 1994, n° 33, p. 9. Pour l'auteur « *l'éthique étant en quelque sorte une morale distinguée, la première étant appréciée chez le médecin, la seconde étant souhaitée chez l'épicier* ».

⁶⁰ J. MOUSSE, « Éthique et entreprises », Vuibert, Paris, septembre 1993.

⁶¹ A. COURET, « Droit des affaires : éthique et déontologie », in *H. La Bruslerie & alii, Éthique, déontologie, et gestion de l'entreprise*, Economica, 295 p., Paris, 1992.

⁶² H. ISAAC, « Éthique ou déontologie : quelles différences pour quelles conséquences managériales ? L'analyse comparative de 30 codes d'éthique et de déontologie », IX conférence internationale de management stratégique

Quant à l'éthique, prise dans la sphère de la gouvernance d'entreprise, elle est un ensemble de codes éthiques qui vient formaliser les valeurs fortes, principes et règles de conduite de cette entreprise. En harmonie avec la culture d'entreprise, ils cherchent à établir un ensemble de principes éthiques, en régulant de manière autonome les pratiques trompeuses et en se préparant ainsi à satisfaire les attentes de la société.

28. Cependant, les différents termes qui caractérisent les codes éthiques renvoient aux comportements des acteurs qui appartiennent à un groupe, tels que le terme de confiance, de loyauté, de coopération, de transparence. Les termes qui définissent les codes de conduite professionnelle font référence à divers aspects et ont tous un trait en commun : ils sont propres à certaines professions. Pour ainsi distinguer les deux notions, la déontologie s'appuie sur un système disciplinaire et revêt un caractère obligatoire pour la profession qu'elle régit, alors que l'éthique présente parfois un caractère facultatif.

c- Distinction entre éthique et « *compliance* »

29. D'origine américaine, la notion de *compliance* trouve difficilement un équivalent dans la langue française⁶³. Pour certains auteurs, elle peut avoir pour synonyme la notion de conformité qui renvoie aux programmes de conformité des règles établies. L'éthique et la « *compliance* » sont deux notions directement liées et difficilement dissociables. Mais ce n'est pas pour autant qu'elles ne peuvent pas faire l'objet de distinction.

La notion d'éthique dans la sphère de l'entreprise consiste en une prise en compte de valeurs et principes moraux en vue d'insérer dans la conduite individuelle ou collective des acteurs économiques une démarche de conformité aux règles externes et internes à l'entreprise. Cela, dans le but de susciter une relation de confiance non seulement dans l'entreprise, mais aussi envers les partenaires et les clients de l'entreprise.

Parallèlement à l'éthique, la notion de « *compliance* » en entreprise est un ensemble d'« *actions spécifiques mises en place par l'entreprise pour s'assurer du bon respect de règles internes prescrites pour faire face à un risque juridique de sanctions judiciaires (hard law) ou*

« perspectives en management stratégique », Montpellier, mai 2000. Monsieur H. Isaac définit les codes déontologiques comme « *un ensemble de règles et de devoirs dont se dote une profession, ou une partie de la profession, au travers d'une organisation professionnelle, qui devient l'instance d'élaboration, de mise en œuvre, de surveillance et d'application de ces règles* ».

⁶³ O. DE BAT (dir.), « Éthique, conformité, compliance, à la croisée du droit et de la gouvernance d'entreprise », Actes Pratiques et ingénierie sociétaria, n° 137, 2014.

réputationnelles (soft law) propre à son activité »⁶⁴. La notion de « *compliance* » peut être considérée comme une branche de l'éthique. L'objectif est de sensibiliser les acteurs économiques au fait que le droit peut être un outil de moralisation des affaires, mais aussi un facteur de croissance.

30. L'éthique et la *compliance* ont des missions spécifiques, mais complémentaires. La démarche éthique, en référence aux valeurs moraux incite l'individu ou l'entreprise à bien agir ; tandis que la « *compliance* », en référence aux lois et réglementations, interdit des agissements contraires aux règles de droit pour tendre vers la réalisation de « buts monumentaux ».

d- Distinction entre l'éthique et la confiance

31. Pour distinguer la notion de confiance à celle d'éthique, il serait opportun de définir d'abord la notion de confiance. Sur la définition tirée du *Littré*, en parlant d'une relation personnelle, la confiance est « *le sentiment qui fait qu'on se fie à quelqu'un ou à quelque chose* »⁶⁵. En termes juridiques et dans la sphère contractuelle, la confiance favorise le choix et par ailleurs facilite le passage à l'action, à l'échange de consentement dans le libre exercice de la volonté de chaque contractant. Pour reprendre la définition donnée par L. Hosmer, « *la confiance reflète l'attente par une personne, un groupe ou une firme d'un comportement éthiquement justifiable. La confiance est le résultat d'un comportement "juste", "vrai" et équitable dans le sens où les décisions moralement correctes et les actions basées sur les principes éthiques d'analyse reconnaissent et protègent les droits et intérêts des autres dans la société* »⁶⁶. Nous pouvons considérer la confiance comme le fruit ou l'émanation d'un comportement éthique des partenaires dans une relation contractuelle. Il existe donc une relation directe entre la confiance et l'éthique.

Après avoir procédé à la définition de la notion d'éthique et examiné quelques notions voisines, une question mérite d'être posée afin de donner à notre étude une légitimité juridique : celle de savoir si l'éthique est une notion actuelle du droit, plus particulièrement, est-elle une notion reconnue par les juristes ?

⁶⁴ J.-M. GUIBERT, J.-M. BERLIOZ, C. DUBAR, R. LANAUD, R. MEDINA, *Référentiel Professionnel éthique Et Conformité*, Le cercle d'éthique des affaires, novembre 2015.

⁶⁵ V°. confiance, *Le Littré. Dictionnaire de la langue française en volume*, op. cit.

⁶⁶ L. HOSMER, « Confiance : le lien entre la théorie organisationnelle et l'éthique philosophique », *Revue de l'Académie de Management*, 1995, p. 379-403.

e- La juridicité de la notion d'éthique

32. Une valeur juridique de l'éthique reconnue. Par essence, l'éthique n'est pas une notion qui a vu le jour dans les branches du droit. Même si le législateur et la jurisprudence peinent à s'y référer expressément, l'éthique est un concept présent dans le droit⁶⁷. L'ordre juridique prend en compte les exigences éthiques qui deviennent une règle de droit une fois intégrées dans la loi. Même si la notion d'« éthique » semble *de prime abord* renvoyer exclusivement au champ des valeurs et des mœurs, il n'est pas exclu qu'elle comporte aussi une dimension juridique.

33. Le droit commun et le droit spécial sont aujourd'hui imprégnés de concepts éthiques. Ils sont traduits par des obligations légales prescrites par la loi ou la jurisprudence, à l'exemple de l'obligation d'agir de bonne foi, l'obligation d'information, la prohibition de l'abus de dépendance, la *compliance*, le standard du raisonnable, *etc.* La littérature juridique sur les principes éthiques est aujourd'hui abondante. L'éthique apparaît comme un cadre dans lequel se sont construites les règles de droit et leurs exceptions en prenant en compte les valeurs de la société pour un rééquilibrage des rapports juridiques. De fait, des événements récents peuvent être répertoriés, dans lesquels la juridicité de la notion d'éthique semble avérée. D'une part, l'évolution économique et sociale marquante depuis le début du XIX^e siècle. D'autre part, l'évolution technologique et la mondialisation de l'activité économique témoignent également de l'attention grandissante que le droit porte aux conduites individuelles ou aux comportements de groupes, notamment à leur impact dans la vie sociale. Certes, les racines du concept d'éthique découlent de la pensée philosophique, mais celui-ci trouve aujourd'hui sa place dans l'ordre juridique, dans un mouvement de juridicisation de ses marqueurs⁶⁸.

34. Prendre en compte la juridicité de l'éthique pourrait correspondre à cette ère où la conception classique du droit des contrats connaît une mutation. C'est finalement ce que rappelle le Professeur A. Lacroix qui affirmait que « *vidé de tout contenu éthique afin d'éviter quelque biais moral qui aurait pour conséquence de privilégier certaines valeurs au détriment de d'autres, le droit est maintenant sollicité à des fins qui l'obligent à réintroduire l'éthique* ».

⁶⁷ C. LE GALLOU, « La notion d'éthique du profité », in *L'entreprise face à l'éthique du profit*, op. cit. p. 17.

⁶⁸ A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., 1998. « Le terme juridicisation peut désigner « une évolution du rapport entre le droit et les relations sociales, soit par extension de l'empire du premier, soit par densification de la couverture qu'il impose aux secondes » ».

dans son discours»⁶⁹. Dans ses travaux, J.-L. Gérard soutient également que les transformations culturelles subies par la société contemporaine ont impacté radicalement la transformation du droit⁷⁰, notamment par une prise en compte des normes et valeurs qui ont fleuri en dehors des compétences du droit⁷¹. La reconnaissance de la juridicité de la notion d'éthique semble toutefois fragilisée par la faible effectivité des normes éthiques dans les textes de loi. Mais, ces dernières années, l'éthique qui influence le législateur, prise en compte par les juges, revêt une importance majeure parce que les principes et valeurs qu'elle fait émerger sont clairement mis en évidence par des textes qui régissent les contrats d'affaires. Toutefois, pour progresser dans la réflexion, il faut clarifier cette notion de contrat d'affaires.

C- Les différentes appréhensions de la notion de contrat d'affaires

35. Les contrats d'affaires sont aujourd'hui une figure dominante dans les rapports juridiques, mais les contours de la notion sont difficiles à cerner (1). La présente étude impose de revenir sur cette expression de « contrat d'affaires » (2).

1- Les difficultés de définition de la notion de contrats d'affaires

36. La plupart des rapports économiques saisis par le droit sont de nature contractuelle⁷². Le contrat qui inonde la vie des Hommes apparaît comme l'outil indispensable de la vie des affaires⁷³. En effet, celle-ci ne peut faire l'économie de cet instrument juridique de réalisation des échanges entre partenaires commerciaux qu'est le contrat⁷⁴. Le droit des contrats d'affaires englobe des droits variés, comme le droit de la concurrence, le droit commercial, le droit bancaire, le droit maritime, le droit des assurances, le droit des sûretés, *etc.* Il est dans la majorité des cas présenté à partir de deux critères : un critère personnel, c'est-à-dire au regard de ses

⁶⁹ A. LACROIX, « L'éthique et les limites du droit », *Revue de Droit Université de Sherbrooke*, 2002-2003, vol. 33, numéro 1-2, p. 195-217.

⁷⁰ J.-L. GERARD, *Les pouvoirs de la culture*, Bruxelles, Labor, 2001.

⁷¹ L'humanisme qui s'installe dans notre communauté contemporaine fait que l'éthique apparaît aujourd'hui comme particulièrement nécessaire puisque appelée à compléter le discours juridique afin de répondre à la nouvelle demande sociale.

⁷² P. LOCKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, L.G.D.J., 2004, p.1, n°1. Cité par P. S. A. BADJI, « La difficile systématisation des contrats d'affaires en droit OHADA », *Afrilex*, Université Bordeaux, 2021.

⁷³ Y. GUYON, *Droit des affaires. Droit commercial général des sociétés*, t. 1, 12^{ème} éd. Economica, 2003, p. 20.

⁷⁴ P. MORAND, Y. WEHRLI, « Propos introductifs », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, P. STOFFEL-MUNCK (dir.), *op. cit.*, p. 1 et s. Pour ces auteurs, le contrat est « le fondement des échanges économiques » ; P. STOFFEL-MUNCK, « Le Code de commerce : fils du Code civil ? », in *Le monde du droit. Écrits en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 951. Il soutient que le contrat est « la sève des relations d'affaires » ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2022, p. 29. En effet, la vie des affaires comme le souligne ces auteurs est « tissée de contrats ».

utilisateurs (les acteurs économiques qualifiés de professionnels) ; et un critère matériel, c'est-à-dire en raison du domaine dans lequel il intervient (production, distribution, sous-traitance, concession commerciale, etc.), en somme, un échange économique. Cependant, il arrive que les contours et critères d'identification d'une catégorie de contrat qui émerge dans les lois, les règlements, la jurisprudence ou la pratique fassent l'objet de controverses difficiles à cerner. C'est le cas de la notion de contrat d'affaires dont les critères personnels et matériels utilisés pour trouver une définition s'avèrent imparfaits. Tous les contrats d'affaires ne sont pas conclus en raison d'une activité commerciale ou professionnelle. Encore faut-il préciser que la notion d'échange qui est un élément constitutif, essentiel à l'existence des contrats d'affaires, correspond à celle qui sous-tend la conception classique du contrat tel que décrit dans le Code civil de 1804 et dans le COCC ; mais également dans le *Restatement Second of contract*, pour qui le contrat est un *bergain*⁷⁵. Ainsi, dans cette notion de « contrats d'affaires », il y a celle de « contrat » qu'il faut tout d'abord définir et qui, *a priori*, ne semble pas complexe à appréhender.

37. La notion de contrat. La notion de « contrat », selon le Professeur J. Ghestin, « vient du latin *contractus*, lequel est dérivé de *contrachere* qui signifie rassembler, réunir, conclure »⁷⁶. C'est un instrument de prévision⁷⁷ et de sécurité qui produit des obligations, mais aussi des effets de droit. Dans le Code civil, l'article 1101 issu de la réforme de 2016 du droit des contrats apporte une modification à la définition de la notion de « contrat » afin de rendre celle-ci plus complète. C'est ainsi qu'il précise que « *le contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre une obligation* »⁷⁸. Il faut cependant observer qu'en droit sénégalais, même si la définition de la notion de « contrat » est bien connue, c'est celle héritée du Code civil de 1804 qui demeure dans les dispositions du COCC, mais plus restreinte. L'article 40 du COCC définit la notion de « contrat » comme « *un accord de volonté générateur d'obligations* ». Cette définition classique de la notion de « contrat » par le COCC, présente des insuffisances. Il faut donc une définition qui fera apparaître des valeurs morales qui existaient déjà dans le droit traditionnel africain précolonial des contrats, souvent méconnues en raison de leurs sources orales⁷⁹, aujourd'hui

⁷⁵ V. D. TALLON, D. HARRIS (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaison franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p. 18. Cité par F. BUY, *Le Droit des contrats d'affaires*, op. cit.

⁷⁶ J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.* 1990, chron., p. 147.

⁷⁷ H. LÉCUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit : Mélanges en hommage à François Terré*, PUF – Dalloz, 1999, p. 643 et s.

⁷⁸ Article 1101 nouveau du Code civil

⁷⁹ E. FOKOU et A. BELANGER, « Dialogue entre le droit civil des contrats et un droit traditionnel africain : essai sur le Nsouttee dans la communauté Ngombale de l'Ouest-Cameroun », *Revue générale de droit*, 52(1), 2022, p.106.

incluses dans le nouveau modèle contractuel pour favoriser l'objectif d'équilibre contractuel et l'efficacité des échanges. *A contrario*, alors que le droit français et le droit sénégalais cherchent à faire primer la volonté des contractants dans la conception du contrat, en droit américain, la définition de la notion de « contrat » est guidée par des considérations d'ordre économique. En effet, le contrat y est appréhendé comme un accord qui naît d'un échange économique qualifié de « *bergain* » à travers lequel chaque partie s'engage à subir un préjudice qualifié de « *détriment* » en abandonnant un droit avec la considération d'un avantage ou d'un profit. À cet effet, en raison de l'importante place de l'analyse économique du contrat en droit américain, la primauté est accordée à la sécurité juridique, souvent au détriment de la justice. Dans ces trois systèmes, le contrat demeure un accord de volonté permettant aux parties de s'approprier le futur⁸⁰ et de faire naître à leur charge des droits et des obligations. Il faut toutefois revenir sur l'appréhension de la notion de « contrats d'affaires », laquelle concerne notre étude.

38. Une absence de systématisation de la notion de contrat d'affaires⁸¹. Dans le monde contemporain, l'utilisation de la notion de contrat d'affaires par les juristes « sans qu'elle soit systématisée n'est plus déroutante »⁸². On retrouve l'expression pour nommer un master de droit des affaires, la spécialité d'un juriste d'affaires, d'un avocat d'affaires... Il était alors légitime au regard de son utilisation sans modération, à s'attendre à une définition unanimement admise, dès lors que, malgré son défaut d'appartenance à une catégorie légale, « *le contrat d'affaires correspond bien à une réalité qu'il n'est pas impossible de décrire* », selon le Professeur F. Buy⁸³. Mais, comme l'écrit très justement le Professeur P. S. A Badji⁸⁴, la notion de « contrats d'affaires » n'est pas systématisée. Elle apparaît banalisée et aucune définition n'est proposée, ni par la doctrine, ni par le législateur, ni par la jurisprudence. Cette absence de définition se justifie, d'une part, sans doute par son assimilation, le plus souvent avec les contrats commerciaux⁸⁵ ou comme synonyme moderne du droit commercial ; et d'autre part, elle pourrait être expliquée par la complexité de la notion d'« affaires »⁸⁶, laquelle désigne des activités de la vie économique qui sont difficiles à circonscrire dans une catégorie juridique de

⁸⁰ H. LÉCUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit : Mélanges en hommage à François Terré*, *op. cit.*

⁸¹ P. S. A. BADJI, « La difficile systématisation des contrats d'affaires en droit OHADA », *op. cit.*

⁸² Pour quelques exemples, V. notamment : A. BESSONNET, P. E. LAMY, *Contrats d'affaires internationaux*, 2^{ème} éd., Paris, Pearson, Coll. Droit, 2008 ; J. MESTRE (dir.), F. BUY, M. LAMOUREUX, J. HEINICH, J.-C. RODA, *Les principales clauses dans les contrats d'affaires*, 3^{ème} éd., Paris, LGDJ, Coll. Droit & pratique professionnelle, 2025.

⁸³ F. BUY, *Droit des contrats d'affaires*, 1^{ère} éd., Paris, LGDJ, Coll. Précis Donat, 2023, n° 5, p. 23.

⁸⁴ V. P. S. A. BADJI, « La difficile systématisation des contrats d'affaires en droit OHADA », *op. cit.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ E. DA ALLADA, *Le traitement des contrats d'affaires par le droit OHADA*, *op. cit.*, p. 51.

contrat. En effet, la signification de la notion d'« affaires » est appréhendée de façon ambiguë par les juristes malgré le fait qu'elle soit très à la mode. Elle est fréquemment utilisée, autant en doctrine qu'en jurisprudence, par exemple pour les notions de « relations des affaires », de « pratiques des affaires » et de « vie des affaires », sans qu'on cherche à définir ces termes. Cette absence de définition entraîne une insécurité juridique.

Toutefois, pour mieux appréhender la notion de « contrats d'affaires », nous allons nous référer à la définition du terme « affaires » proposée par le Professeur G. Cornu. Dans le *Vocabulaire juridique*, le terme « affaire » est défini comme une « *opération de toute nature constitutive de la gestion d'un patrimoine ou de la réalisation d'une convention* ». Et en se rapportant au droit des affaires, il est défini comme une « *opération de toute nature liée à l'exercice d'une activité industrielle, commerciale, ou financière* »⁸⁷.

Ces définitions de la notion d'« affaires », même si elles n'épuisent pas les difficultés de la définition de la notion de « contrats d'affaires », sont d'un grand intérêt, car elles offrent un aperçu sur cette notion polysémique, fuyante et rétive à toute tentative de définition précise.

2- La définition de la notion de contrats d'affaires retenue pour l'étude

39. Une œuvre de définition légale de la notion de « contrats d'affaires » inexistante. Le premier obstacle d'ordre sémantique qui apparaît dans une étude consacrée aux contrats d'affaires et qu'il faut impérativement résoudre, réside dans la difficulté à trouver une définition unanime. En l'absence d'une définition légale, jurisprudentielle ou doctrinale unanimement reconnue, la première tentative est de revenir aux premières manifestations de la notion. Une des premières définitions doctrinales de la notion de « contrats d'affaires » est l'œuvre du Professeur J. PAILLUSSEAU, premier penseur français à avoir évoqué ce terme et avoir reconnu la difficulté de le définir. Pour l'auteur, les contrats d'affaires sont « *des contrats que les entreprises passent entre elles pour l'organisation de leurs relations économiques et financières. Ils sont infiniment variés. Leur domaine est extrêmement large* »⁸⁸. Cependant, même si la définition proposée est une esquisse, toutefois, elle mérite de servir de guide pour mieux appréhender la notion de « contrats d'affaires ». Le vocable « entreprises » utilisé dans cette approche est restrictif, dès lors que les entreprises ne sont pas les seules à intervenir dans le monde des affaires pour les besoins d'organisation de leurs relations économiques. Selon le Professeur A. Sakho, il n'est pas nécessaire de définir la notion de « contrats d'affaires ». Il est

⁸⁷ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14^{ème} éd., op. cit., p. 40. Voy. Affaires.

⁸⁸ J. PAILLUSSEAU, « Les contrats d'affaires », *JCP E*, mars 1987, n° 11, 14893, spéc. n° 1.

préférable de procéder par énumération pour considérer que les contrats d'intégration, c'est-à-dire le contrat de concession et ses dérivés, tels que le contrat de franchise, de concession, *etc.* font partie de la catégorie des contrats d'affaires⁸⁹. Certains auteurs préfèrent parler de « pratiques d'affaires »⁹⁰, de « vie des affaires »⁹¹ que la Cour de justice de la Commission européenne définit comme « *une activité commerciale visant un avantage économique* »⁹². Pour d'autres, c'est la notion de « relations d'affaires »⁹³ qui est préférée.

40. Désormais distingués avec les contrats de consommations et les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, les contrats d'affaires passés entre professionnels sont une catégorie contractuelle dont le régime juridique n'est pas autonome⁹⁴. En tout état de cause, sans faire référence à un contrat déterminé, à l'instar du contrat de vente, la notion de « contrats d'affaires » semble faire référence à une catégorie contractuelle, à l'exemple de celle des contrats commerciaux. Ainsi, dire que le contrat de distribution est un contrat d'affaires, revient non pas à le qualifier, mais plutôt à le classer dans une catégorie contractuelle. Il n'est donc pas étonnant que les contrats d'affaires ne présentent pas une particularité intrinsèque. Ce qui est important, c'est de trouver la catégorie contractuelle à laquelle ils appartiennent afin d'identifier les règles qui leur seront applicables. Dès lors, l'objectif qui en découle consiste, non pas à instituer une nouvelle espèce contractuelle, mais à reconnaître l'existence, par le biais des contrats d'affaires, d'une catégorie contractuelle. À cet effet, les critères personnels et matériels n'ont pas de valeur qualifiante, mais servent uniquement à la classification⁹⁵.

41. Proposition d'une définition de la notion de contrats d'affaires. *Les contrats d'affaires peuvent être définis comme des accords conclus entre acteurs économiques, qualifiés de professionnels, destinés à la réalisation d'une prestation commerciale, industrielle, artisanale, agricole, ou plus spécifiquement à la conclusion d'un accord à court ou à long terme, pour des activités de production ou de distribution de produits, ou de prestation de*

⁸⁹ A. SAKHO, *Les groupes de sociétés en Afrique, Droit, pouvoir et dépendance économique*, khartala, 2010, p. 176, n° 366.

⁹⁰ V. Réforme du droit des contrats et pratique des affaires sous la direction de PH. STOFFEL- MUNCK, Dalloz, collection « Thèmes et commentaires », 2015.

⁹¹ J. REVEL, M. BOURASSIN, *Réformes du droit civil et vie des affaires*, DELMAS, Coll. Thèmes et commentaires, Avril 2014.

⁹² CJCE, 12 novembre 2002, Arsenal C/ M. Reed, affaire C.-206-01, point 40. D. 2003, p.755, note P. de CANDE.

⁹³ C. ARNAUDIN, « La pratique de la confidentialité dans les relations d'affaires », in *La confidentialité des informations relatives à une entreprise*, Colloque organisé le 26 septembre 2013 par l'Observatoire de la délinquance et de la justice d'affaires, sous la direction de B. SAINTOURENS, J.-C. SAINT-PAU, CUJAS, p.59. L'auteur vise ainsi les contrats de distribution, de franchise, de transfert de savoir-faire

⁹⁴ V. notamment : F. COLLART DUTLLEUL, Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2023, p. 32 ; F. X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Paris, Dalloz, Coll. Dalloz référence, 2010, p. 1.

⁹⁵ *Ibid.*, n° 27.

services, qui sont obligatoirement liées à leurs activités commerciales, industrielles, artisanales, libérales ou agricoles, sans nécessairement qu'ils constituent leurs activités principales.

42. Le socle économique des contrats d'affaires. La majorité des opérations économiques se matérialisent par des contrats. En effet, « nul ne peut acquérir ni procurer à autrui des biens et services, à titre onéreux, sans conclure de contrat »⁹⁶. Que les contrats d'affaires soient nommés ou innommés, ils sont les socles essentiels d'une économie libérale, celle que le droit français, le droit sénégalais et le droit américain ont adoptée. À cet égard, nous comprenons aisément le besoin manifesté par la plupart des législations de réglementer les contrats d'affaires pour leur assurer une sécurité juridique et garantir leur bonne exécution. Un auteur a justement pu écrire que les contrats d'affaires ont vocation à englober toutes les activités « relatives aux opérations qui concourent à la production et à la diffusion des richesses économiques »⁹⁷. Ainsi, l'absence d'appartenance à une catégorie légale de la notion de « contrats d'affaires » n'est pas synonyme de désintéressement à cette catégorie contractuelle. En effet, l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général de l'OHADA (AUDCG), le Code de commerce, le *Uniform commercial code (UCC)*, etc., énumèrent plusieurs types de contrats d'affaires usuels. C'est l'exemple des contrats de vente de marchandises entre commerçants, des contrats de fourniture de marchandises destinées à des activités de fabrication ou de production⁹⁸, des activités de production, de distribution ou de services⁹⁹.

D- Définition du terme « moralisation »

43. La « moralisation » : une notion métajuridique. Si l'intégration des valeurs morales en droit des contrats ne cesse d'évoluer, la moralisation des contrats d'affaires s'accroît et se heurte à des opinions contraires. Ce processus apparaît dans les divers projets et réformes, notamment celle du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016, du

⁹⁶ H. D. MODI KOKO BEBEY, « Les enjeux de l'harmonisation du droit des contrats », in *Actes de colloque annuel africain du Diplôme inter-universitaire Juriste OHADA*, Le droit OHADA, bilan et perspectives, LPA, n° spéc., septembre 2015, n°192, p. 45.

⁹⁷ D. BA, « Le problème de la compatibilité entre l'UEMOA et l'OHADA », in *La libéralisation de l'économie dans le cadre de l'intégration régionale : le cas de l'UEMOA*, Actes de Colloque de Ouagadougou, 16-17 décembre 1999 ; Publications du CEEI, n° 3, 2001.

⁹⁸ Article 234 alinéa 1^{er} de l'AUDCG : « Les dispositions du présent Livre s'appliquent aux contrats de vente de marchandises entre commerçants, personnes physiques ou personnes morales, y compris les contrats de fourniture de marchandises destinées à des activités de fabrication ou de construction ».

⁹⁹ Article L.441-1, II du Code de commerce : « Toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services qui établit des conditions générales de vente est tenue de les communiquer à tout acheteur qui en fait la demande pour une activité professionnelle. Cette communication s'effectue par tout moyen constituant un support durable ».

Uniform Commercial Code et du projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats. En effet, comme l'affirme la Professeure D. Fenouillet, « *dès l'ouverture, l'ordonnance puise à la meilleure sève morale en accueillant, dans le premier texte, au rang des sources d'obligations, l'exécution volontaire ou la promesse d'exécution "d'un devoir de conscience envers autrui" (article 1100, al. 2) »*¹⁰⁰. Quel serait alors le sens général de la notion de « moralisation » ? La moralisation apparaît comme une notion métajuridique dont la signification dépend du contexte dans lequel elle est employée. On parle de moralisation de la société¹⁰¹, de moralisation de la vie politique¹⁰², de moralisation du sport, de moralisation de la vie économique et financière, etc. À l'origine, le terme de moralisation qui vient du verbe « moraliser » avait au XVII^e siècle une fonction d'éducation à la bienséance et à la religion. Elle est définie dans *Le Littré : dictionnaire de la langue française*, comme l'« *action de moraliser, de rendre morale, de donner des principes moraux* »¹⁰³.

44. Appliquée au droit des contrats d'affaires, la notion de « moralisation » qui pourrait être appréhendée comme un ensemble de mécanismes législatifs, judiciaires et conventionnels à connotation morale, est une « science du bien et du mal »¹⁰⁴. Elle s'intéresse, en tant que concept, à la science des comportements vertueux¹⁰⁵, visant la garantie d'un équilibre des prestations entre les parties et d'une justice contractuelle. Sans être mauvais en soi, l'individualisme contractuel peut devenir blâmable quand il n'obéit pas à la volonté effrénée de faire du contrat un instrument de coopération et de prise en compte des intérêts légitimes. De surcroît, lorsqu'il est générateur d'injustices qui peuvent provoquer une instrumentalisation du contrat.

45. Des instruments spécifiques, mais aussi communs de la moralisation des contrats d'affaires. La moralisation vise à être le reflet du « juste et de l'utile » des contrats d'affaires. Elle met en lumière les préoccupations d'inégalités, d'iniquité et d'insécurité

¹⁰⁰ D. FENOUILLET, « Les valeurs morales », *RDC* 2016, p. 589, n° 10.

¹⁰¹ Le Monde Diplomatique 1990-2007 "Article du Monde Diplomatique". « (...) ce renouveau que proposait M. Biya, quelques mois après son arrivée au pouvoir, s'appuyait sur quatre idées essentielles la rigueur dans la gestion, la moralisation de la société, la libéralisation et la démocratisation politique ».

¹⁰² B. NABLI, « Fondements de la « moralisation-juridicisation » de la vie politique », *Pouvoirs*, vol. 154, n° 3, 2015, pp. 149-161.

¹⁰³ V° moralisation, *Le Littré : dictionnaire de la langue française en un volume*, op. cit., p. 1042.

¹⁰⁴ V. notamment : *Le nouveau petit Robert*, 2008, v° « Morale » (1^{ère} définition) : « science du bien et du mal ; théorie de l'action humaine en tant qu'elle est soumise au devoir et a pour but le bien ». Adde. A. H. COLLIN, *Manuel de philosophie thomiste*, t. 2, Téqui, 1940, p. 210, n° 652 : la morale est « la science qui dirige les actes humains vers la fin dernière de l'homme, suivant l'ordre de la raison ».

¹⁰⁵ V. en ce sens. L. DE NAUROIS, « Obligation juridique et obligation morale », *L'année canonique* 1982, t. 26, p. 107. Il définit la morale comme « la science normative du comportement de l'homme dans une perspective de sa « fin dernière », celle à laquelle sont subordonnées les autres fins qu'il peut se proposer ».

juridique auxquelles celles-ci sont souvent confrontées. En examinant notre sujet de recherche, qui est d'analyser en profondeur le mouvement législatif, jurisprudentiel et doctrinal de moralisation des contrats d'affaires, et de mettre en évidence le réexamen des principes directeurs du droit des contrats pour illustrer les idées de protectionnisme, d'altruisme et de solidarisme, nous remarquons que ce processus est présent dans les trois systèmes juridiques étudiés, grâce à des instruments spécifiques, mais aussi communs. La spécificité est tout d'abord liée au choix opéré par chaque législateur de l'instrument qui sert d'archétype à la moralisation des contrats d'affaires. Ce choix correspond à la bonne foi en droit français, à la cause et la bonne foi en droit sénégalais, et au *reasonable* en droit américain. Elle est ensuite liée à la mise en œuvre hétérogène des instruments transdisciplinaires ou internationaux de la moralisation des contrats d'affaires, pour favoriser le besoin d'attractivité juridique et de performance économique recherchées dans le droit *antitrust*, le droit commun, les outils technologiques et les règles à portée internationale. En plus, des similitudes quant aux instruments utilisés pour moraliser les contrats d'affaires sont identifiées. C'est l'exemple de la *compliance*, de l'équité, de la justice contractuelle qui pénètrent les différents systèmes juridiques malgré les différences de politiques législatives et de culture juridique, parfois sous l'influence de l'internationalisation des contrats d'affaires.

E- Présentation des trois systèmes juridiques

45. Les raisons du choix des trois systèmes juridiques envisagés dans cette étude : des particularités entre les droits « civilistes » et les droits de *common law*. Nous avons choisi d'étudier la problématique de la moralisation des contrats d'affaires dans les systèmes juridiques du droit français, du droit sénégalais et du droit américain. Ce choix se justifie par des raisons théoriques, historiques et pratiques.

46. Un patrimoine juridique commun entre le droit français et le droit sénégalais. Le choix du droit français et du droit sénégalais se justifie parce que les deux systèmes juridiques partagent un patrimoine juridique commun et une langue commune, lesquels découlent de la colonisation. Il faut relever qu'une grande partie de la législation sénégalaise, particulièrement du COCC, est inspirée du droit français, avec le Code civil napoléonien de 1804 qui a servi de modèle. Toutefois, avec la réforme du droit des contrats par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, les divergences entre le droit français¹⁰⁶ et le droit sénégalais

¹⁰⁶ Le droit français était considéré et continu de l'être malgré la réforme du droit des contrats qui a créé un écart, comme un modèle de législation dans les pays africains, anciennes colonies française.

se multiplient. Mais en se tournant vers l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, une institution internationale d'intégration juridique et économique dont le but est d'unifier le droit des obligations de ses États membres, ces divergences tendent à s'estomper avec la volonté irréductible affirmée de régir les contrats d'affaires à travers des instruments contractuels, inspirés en partie du droit français et du droit américain. En effet, il faut souligner que l'hégémonie revendiquée par le droit OHADA à encadrer les contrats d'affaires permet de réduire les spécificités contemporaines de perceptions du contrat entre droit sénégalais et droit français, malgré les nombreuses réformes entreprises ces dernières années par ce dernier.

Toutefois, cette hégémonie du droit OHADA n'exclut pas les contrats d'affaires dans le périmètre d'application du COCC. Celui-ci demeure le droit commun des contrats chaque fois que les normes communautaires ne sont pas investies¹⁰⁷. En conséquence, quelques spécificités sur le concept du contrat et les principes qui le gouvernent demeurent encore. En effet, la vision du contrat qui découle du COCC, lequel n'a pas encore connu de réforme majeure malgré les évolutions socio-économiques et politiques qui influencent la matière contractuelle, reste identique à celle du Code civil de 1804. De surcroît, le projet d'adopter un acte uniforme OHADA sur le droit des contrats n'a pas pour l'heure réussi à convaincre la totalité de la doctrine et des États membres. Il est vrai qu'un droit commun des contrats dans l'espace OHADA est opportun et même vivement souhaité, mais ce projet fait face à des réalités, notamment d'ordre social. Ainsi, le législateur national et celui communautaire n'ont pas encore trouvé les solutions permettant d'adapter la conception classique du contrat impactée, non seulement par les évolutions économiques, sociales, technologiques et politiques, mais aussi par l'émergence de nouvelles pratiques contractuelles diverses et variées.

47. Le droit américain issu d'une tradition juridique de *common law* dont l'influence s'exerce sur les droits continentaux. La forte influence des normes et pratiques américaines inspirant d'autres systèmes juridiques est un facteur déterminant justifiant le choix du droit américain qui puise ses racines en droit anglais¹⁰⁸. Celui-ci apparaît dans la perspective de notre étude, comme particulièrement propice à la comparaison. D'une part, en raison de son appartenance à une famille de tradition juridique distincte. D'autre part, en raison, non seulement de son influence sur l'inflation normative connue ces dernières décennies par certains systèmes juridiques, mais également de la réception de ses concepts et pratiques dictée

¹⁰⁷ M. B. NIANG, *Préface*, in Colloque international de l'université Assane Seck de Ziguinchor (dir. I. Y. NDIAYE et Autres), *Le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : 50 ans après*, vol. 1, L'Harmatan, 2018, p. 9.

¹⁰⁸ Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, LGDJ, Coll. Précis Donas, 1^{ère} éd., 2024 p. 104.

par des raisons économiques et sociales, tels que la *mitigation of damage* ou la protection de la confiance légitime. L'une des grandes particularités du droit américain, sans être exhaustif, est qu'il comporte des institutions, des traditions et des procédures qui ne semblent pas avoir d'équivalence dans les systèmes juridiques de tradition civiliste. C'est l'exemple de la doctrine du *precedent*¹⁰⁹ qui est inconnue en droit français et en droit sénégalais. L'autre grande particularité que nous pouvons relever réside, d'une part, dans les modes d'élaboration des règles de droit, lesquelles sont forgées en grande partie par les tribunaux ; et d'autre part, dans la structure du droit américain, lequel repose à la fois sur le droit fédéral et les droits des États fédérés. À cet égard, les lois parlementaires sont adoptées en fonction de la *common law* existante, à la différence des droits continentaux où la prééminence est accordée aux lois. Ainsi, en raison de la place dominante qu'occupe le juge des juridictions supérieures américaines qui participe officiellement à l'élaboration et à la dynamisation des normes¹¹⁰, la place des lois parlementaires et de la doctrine est mécaniquement réduite. En outre, le droit américain ne reconnaît pas explicitement le caractère d'ordre public du principe général de bonne foi analogue à celui inscrit dans le Code civil ou dans l'AUDCG de l'OHADA.

48. Toutefois, malgré la présence de ces spécificités, les trois systèmes juridiques étudiés sont aujourd'hui confrontés à des problèmes juridiques analogues de recherche d'efficacité du droit des contrats, d'une justice contractuelle et de création d'un monde des affaires éthiques, en général. Ainsi, des solutions juridiques communes et uniformes sont souvent recherchées par le choix de concepts, notions et instruments similaires. C'est notamment le cas avec l'émergence de la protection de la partie supposée faible, de la justice contractuelle, et de l'analyse économique du contrat en général.

49. Si les systèmes juridiques, français, sénégalais et américain forment le socle de notre étude comparative, d'autres ordres juridiques, tels que le droit de l'Union européenne, le droit international relatif à la matière contractuelle, seront évoqués lorsqu'ils permettront de vérifier si les solutions sont spécifiques aux systèmes juridiques français, sénégalais et américain. En choisissant la méthode comparative pour une meilleure connaissance de la réalité de la

¹⁰⁹ « Dans les pays de *Common law*, le précédent se présente comme une règle de droit édictée sous forme générale par un juge suprême à l'occasion d'une décision rendue sur une affaire particulière et qui acquiert, pour l'avenir, force obligatoire ». V. dans ce sens, D. TALON, « Précédent », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1185 ; P. MALAURIE, « Le précédent et le droit », *RIDC* 2006, p. 319.

¹¹⁰ M. FRIEDMAN LAWRENCE, *American law : An Introduction*, London, New York, Norton, éd. révisée et actualisée, 198, p. 293.

moralisation du contrat dans ces systèmes juridiques, nous espérons participer à une réflexion plus productive sur la question de l'apparente utilité d'une éthique dans les contrats d'affaires.

II- Cadre théorique de la recherche

50. Le périmètre de l'étude. L'étude de la moralisation des contrats d'affaires par le prisme d'une approche comparative implique de définir un périmètre d'étude. Plusieurs options s'offraient à nous, notamment celle de prendre pour exemple des contrats d'affaires pour les confronter aux valeurs morales, afin de démontrer l'encadrement de la volonté autonome et des pouvoirs contractuels. Toutefois, notre travail de recherche a une autre ambition : celle d'identifier les dispositifs juridiques communément présentés comme l'expression de « l'éthicisation des contrats d'affaires ». À travers cette démarche, la présente étude vise *in fine*, sous l'effet de la multiplication de la formalisation des exigences éthiques en droit des contrats d'affaires, à appréhender, dans une vision d'ensemble, la volonté manifestée par les trois systèmes juridiques étudiés, de faire des contrats d'affaires un instrument juridique sécurisé de distribution équitable des richesses. Il ne s'agit pas de passer en revue les contrats d'affaires les plus usuels, à l'exemple du contrat de distribution, de franchise, de concession commerciale ou de sous-traitance, de vente commerciale pour y déceler les manifestations de la moralisation des contrats d'affaires. Ils serviront plutôt d'illustration, à travers l'empreinte éthique que comportent certaines règles de droit qui leur sont applicables. Les contrats d'affaires c'est-à-dire ceux conclus entre professionnels¹¹¹ constituent le domaine de notre étude. Celle-ci exclut donc les contrats conclus entre professionnels et particuliers ou conclus avec un consommateur. Il convient également de préciser que le droit des contrats d'affaires concerne aussi le droit public, à savoir les contrats publics d'affaires, à l'exemple des contrats des marchés publics, des contrats de délégations de service public et concessions, *etc.* ; mais notre étude se limitera aux contrats d'affaires de droit privé.

¹¹¹ Sur la notion de « professionnel », sur la qualification de professionnel, la CJUE, dans une de ses décisions, a relevé que le Juge doit dans ce travail de qualification de l'activité en cause, apprécier si la personne « agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, au vu de toutes les circonstances pertinentes du cas d'espèce » V. CJUE, 5e ch., 4 oct. 2018, aff. C-105/17, *Komisija za zaštitu na potrošitelite c/ Evelina Kamenova* ; D., 2018, p. 1965 ; D., 2018, p. 2270, obs. J. LARRIEU ; *AJ Contrat*, 2018, p. 534, obs. V. LEGRAND ; *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 702, obs. A. LECOURT ; D., 2019, pan., p. 607, obs. H. AUBRY ; Adde, G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2017, n°61-72, pp. 53-59 ; S. RAIMOND, « Brèves réflexions sur la qualification de professionnel à partir de la jurisprudence récente en droit de la consommation », *LPA* 15 déc. 2015. Au sens de l'article liminaire du Code de consommation, le terme de « professionnels » devra être entendu comme « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel ».

III- Enjeux de la recherche

51. La pertinence d'une étude de moralisation du contrat centrée sur le droit des contrats d'affaires. À l'analyse, peu de travaux de recherche ont été effectués sur la question de la moralisation des contrats d'affaires avec une dimension comparative. D'un point de vue théorique, le sujet étant relativement récent, nous nous proposons de soulever les zones d'ombre provoquées par l'émergence de la prise en compte des exigences éthiques dans les contrats d'affaires, tant quant à l'effectivité de ses manifestations, que sur leur valeur normative. L'expression « éthique » n'apparaît pas juridiquement comme étant la plus opportune. En effet, elle laisse penser que le contenu des exigences qu'elle fait émerger sera imprécis et non impératif, alors que l'analyse des différents droits positifs démontre que les dispositions dites d'éthiques sont, en grande partie, précises et contraignantes. Cette première approche mérite d'être analysée et mise à l'épreuve pour comprendre son succès dans les contrats d'affaires.

52. La légitimité de la moralisation des contrats d'affaires. Cette étude comporte également des enjeux pratiques et prospectifs. **Sur le plan pratique**, l'histoire du droit des contrats d'affaires témoigne du souci de mettre à la disposition des parties prenantes, des outils qui favorisent le succès et la sécurité juridique des relations d'affaires. Il en est ainsi du fait du phénomène de perpétuelle mutation du droit des contrats pour prendre en considération les exigences du marché ; mais aussi de la compétition effrénée des ordres juridiques qui cherchent à proposer aux acteurs économiques des dispositifs juridiques les plus attractifs. Avec la mondialisation, l'outil contractuel constitue un vecteur de développement économique.

Sur le plan prospectif, l'étude du processus de moralisation des contrats d'affaires présente une utilité pour les prochaines réflexions et les prochains débats qui se tiendront dans les institutions du droit OHADA et de l'Union européenne. En effet, ces dernières envisagent depuis plusieurs années d'adopter un droit commun des contrats afin d'harmoniser celui des États membres. Elle peut également servir au législateur sénégalais qui devra penser, dans les années à venir, à entreprendre une réforme du COCC pour le moderniser face à la réalité de l'évolution de la société qui conditionne la perception de la théorie du contrat. En effet, mettre en évidence cette tendance d'élaboration divers instruments de moralisation du contrat, à l'instar de l'obligation générale d'information, de la révision judiciaire du contrat, de l'obligation de minimiser son dommage par le droit commun, initialement réservée à certaines branches du droit spécial, pourrait être utile à plusieurs égards.

IV- Problématique de la recherche

53. Éléments de justification de la problématique. Ces propos liminaires ont pour objet de mettre en lumière que les processus d'adaptation, de transformation et de révision du droit des contrats face aux mutations économiques et sociales fulgurantes ont été accompagnés par un discours éthique afin de concilier « liberté contractuelle », « intérêt général » tout en prenant en compte « le juste et l'utile du contrat »¹¹². Face aux inégalités contractuelles, les pouvoirs publics, les juges et les législateurs — qui apparaissent comme de véritables promoteurs de moralisation des contrats d'affaires — ont établi des instruments pour la justice, la stabilité et la sécurité des relations d'affaires. La négociation, ainsi que l'expression d'un consentement libre et éclairé, ne sont plus suffisantes à elles seules à assurer une égalité des prestations entre les parties au contrat. Il est important de noter que la négociation n'est pas de l'essence du contrat,¹¹³ et que « qui dit contractuel ne dit pas forcément juste »¹¹⁴. C'est pour cette raison qu'il peut paraître surprenant de vouloir justifier la force obligatoire du contrat et la justice contractuelle au seul fondement de la volonté autonome des parties. Contrairement à ceux de la *Common law*, les systèmes juridiques romano-germaniques ont toujours privilégié la stabilité du contrat. En plus de sa fonction de créateur de droits et d'obligations, le contrat a aussi une utilité socio-économique certaine. Cette posture et le rôle que le contrat joue dans la société justifient l'intervention du législateur et du juge pour contrôler et sanctionner les abus et comportements déraisonnables qui peuvent être à l'origine d'inégalités contractuelles.

54. Problème de recherche. Ce souci d'imprimer au droit des contrats une coloration morale en lui appliquant certaines notions d'ordre éthique afin d'assurer une répartition équitable des droits et des obligations des parties au contrat conduit à s'interroger plus généralement sur la question de la réalité du phénomène de la moralisation des contrats d'affaires. Quels sont les outils juridiques de la moralisation des contrats d'affaires en droit français, sénégalais et américain ?

55. Premières observations préliminaires du problème soulevé. Notre étude soutient l'avènement d'un important regain du processus de moralisation des contrats d'affaires en droit français, en droit sénégalais et en droit américain, même si c'est à des degrés différents,

¹¹² GHESTIN, (J.), « L'utile et le juste dans les contrats », Dalloz, vol. 1, 1982, chron. 1.

¹¹³ B. LEFEBVRE, « La justice contractuelle : mythe ou réalité ? », *Les Cahiers de droit*, 1996, 37 (1), pp. 17–30.

¹¹⁴ Pour apporter une nuance à l'affirmation de Fouillée (1883) « Qui dit contractuel, dit juste ». Ce qui fait conclure à Langevin que : « le contrat n'est pas toujours juste simplement parce qu'il aurait été négocié », Langevin Louise, « Liberté contractuelle et relations conjugales : font-elles bon ménage ? », *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 28, no. 2, 2009, pp. 24-35.

conséquence directe de l'atténuation du dogme de l'autonomie de la volonté. Elle se donne donc pour but d'établir que la moralisation des contrats d'affaires peut être plus qu'une idéologie juridique dans la législation contractuelle, malgré le caractère parfois vague, flou ou ambigu de certaines notions éthiques. En vérité, à l'heure où émergent des lois qui remettent en question la compréhension traditionnelle et idéaliste du contrat, on constate une évolution vers la transformation des principes moraux sous-jacents au droit contractuel moderne en règle juridique. Cette tendance reflète la manière dont les relations sociales fondées sur un accord deviennent plus imprégnées de valeurs morales. La consécration de l'unilatéralisme¹¹⁵ et le renforcement du pouvoir d'interprétation du contenu du contrat reconnu au juge sont des éléments qui mettent en avant l'idée de protectionnisme et de solidarisme contractuel¹¹⁶. Dans ces perspectives, les prérogatives du juge ne se limitent plus au contrôle et à l'application de la force des stipulations contractuelles ; mais elles témoignent d'une recherche d'un équilibre dans les relations contractuelles. Le récent arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 18 janvier 2023 revient précisément sur ce rôle du juge. En effet, dans sa décision, la Cour de cassation, en affirmant que la résolution judiciaire du contrat ne suppose pas une inexécution fautive de la part du débiteur de l'obligation, précise que « *lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre* »¹¹⁷. Ceci illustre parfaitement la prise en compte de l'utilité économique du contrat comme fondement de la force obligatoire. Cette justice contractuelle recherchée passe également par la

¹¹⁵ L'unilatéralisme bénéficie depuis la réforme du droit des contrats de 2016 d'une place grandissante dans les différentes phases de la vie du contrat. V. en ce sens : T. REVET, « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc, LGDJ, 2018, p. 887 s. ; G. HILGER, « La fixation unilatérale du prix dans la réforme du droit des contrats : une évolution en demi-teinte », *LPA* 2018, n° 143, p. 5 ; L. Molina, *La prérogative contractuelle*, Thèse Paris I, 2020, LGDJ, 2022 ; O. GOUT, « L'unilatéralisme dans le contrat », in *Duos Franco-Égyptiens autour de la réforme française du droit des contrats*, Université Ain Shams ; Université Jean Moulin Lyon 3, Mar 2019. M. POVOA, *L'unilatéralisme au sein du contrat : regard brésilien sur la nature et le régime des prérogatives contractuelles unilatérales en droit français*, Thèse Droit, Paris 2, 2019.

¹¹⁶ Pour les auteurs qui soutiennent que le contrats en plus d'être le support d'une opération économique, cela ne devrait occulter la dimension humaine, solidariste qui doit aussi irriguer le droit des contrats. V. notamment : D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges François Terré*, PUF, Paris, 1999 ; C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2002, p. 441 et s. ; M. MIGNOT, « De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? », *RRJ* 2004, n° 4, p. 2153 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 11e éd., 2013, n° 42, spéc. pp. 47-48. Pour les défenseurs du solidarisme contractuel, prétendre sur le fondement de l'individualisme « que chaque homme doit veiller à ses intérêts, seraient supplantés (...) par la solidarité et la fraternité qui uniraient naturellement tous les membres du genre humain (...) » ; P. RÉMY, « La genèse du solidarisme », in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum, M. Nicod (dir.), Economica, Paris, 2004. D. MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », in *Mélanges Jean Hauser*, Lexisnexus Dalloz, Paris, 2012.

¹¹⁷ Cass. com. 18 janv. 2023, F-B, n° 21-16.812, *Dalloz actualité*, 24 janv. 2023, obs. C. Hélaine ; obs. M. Hervieu.

responsabilisation des parties au contrat qui disposent de pouvoirs unilatéraux, tels que la résolution unilatérale du contrat par notification, l'exception d'inexécution, la réduction unilatérale du prix, *etc.* Elles se voient aussi imposer des devoirs comportementaux, à l'exemple de la bonne foi, du raisonnable, de la « *compliance* », de l'altruisme.

56. Ce mouvement de moralisation des contrats d'affaires est appréhendé comme une nécessité afin de corriger les inégalités les plus flagrantes. Il repose sur deux fondements : d'une part, une protection du consentement des parties ; d'autre part, un contrôle objectif du contenu du contrat. En cela, nous partageons le point de vue du Professeur D. Mazeaud qui soutient que : « *cette proposition d'intensifier l'exigence d'éthique contractuelle non seulement n'a pas pour ambition de révolutionner la théorie générale du contrat, mais simplement de l'adapter, de l'enrichir, pour qu'elle appréhende la réalité contractuelle contemporaine, mais encore, n'a pas pour objet de substituer, de façon générale, les idées d'altruisme et de fraternité aux principes de liberté et de prévisibilité contractuelles* »¹¹⁸. Cependant, contrairement à ce que soutient le Professeur D. Mazeaud, l'exigence d'une éthique dans les contrats d'affaires que nous défendons ne doit pas être imposée de façon exceptionnelle face à « une situation contractuelle de crise ». Il est crucial pour les contractants d'être de bonne foi, loyal et altruiste pour garantir une justice et un équilibre des contrats d'affaires, souvent inégaux.

V- Hypothèse et démarche méthodologique de la recherche

57. L'hypothèse de la recherche. L'hypothèse de départ que nous posons pour répondre à notre problématique est celle de soutenir que la moralisation des contrats d'affaires par des principes éthiques n'est pas qu'un effet de mode. Cette étude vise à mettre en lumière les rapports que les règles de droit entretiennent avec la morale. Ce rapprochement a été accentué par les différents textes de réformes et d'uniformisation du droit des contrats d'affaires. Nous faisons incontestablement face à une modernisation du droit des contrats par le renouvellement de ses principes fondamentaux, sous le prisme des principes éthiques, telles que la bonne foi, l'équité, la loyauté, la « *compliance* », la théorie de l'« *estoppel* », l'admission de la théorie de l'imprévision, la reconnaissance du statut de contractant faible, *etc.* Ceux-ci sont aujourd'hui des instruments incontournables de moralisation des contrats d'affaires. Ils sont intégrés dans l'ordonnancement juridique contractuel, soit par voie législative, soit par l'intervention de la plume du juge. Appréhendée ainsi, l'éthique apparaît comme un instrument

¹¹⁸ D. MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », *op. cit.*, p. 905.

de régulation du marché qui favorise la mise en place d'outils juridiques permettant de lutter contre les abus qui découlent de la liberté que le contrat offre aux parties. Cela passe par la prise en compte des valeurs sociales, laquelle se traduit par des règles de droit et de comportements à connotation morale. Toutefois, cette montée en puissance des valeurs et principes éthiques dans le système contractuel afin d'assurer ou de renforcer la sécurité juridique des contrats d'affaires ne s'accompagne-t-il pas d'une complexification de ceux-ci du fait, notamment de la multiplication des obligations de *compliance*, l'intégration de nouvelles normes de comportement, la cohabitation de plusieurs législations applicables aux contrats d'affaires, *etc.*

58. Pour offrir un droit des contrats d'affaires plus efficace, plus clair, plus protecteur et plus attractif, le législateur n'a pas manqué d'affirmer, dans les différents textes de loi, ces objectifs. Ce sont des préoccupations qui apparaissent en droit français dans la réforme du droit commun des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016 complétée par la loi de ratification du 20 avril 2018, mais également dans certains textes de droits spéciaux, en l'occurrence le Code de commerce. En droit sénégalais, elles apparaissent notamment dans le COCC et dans certains actes uniformes du droit OHADA à l'exemple de l'AUGDC. En droit américain, la loi *Sarbanes-Oxley*, désignée en général par « loi SOX », qui a fait émerger la notion de « *compliance* », ou la réforme des marchés financiers américains par le biais des dispositions du *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de janvier 2011, figurent parmi les exemples de prise en compte des préoccupations éthiques dans les relations d'affaires. Ces avancées réalisées sont significatives et consacrent une nouvelle ère du droit des contrats. Elles offrent des supports solides de contrôle de l'équilibre contractuel au nom de la sécurité juridique, de la protection de l'utilité économique du contrat et d'une justice sociale. Ce qui revient à voir dans les principes éthiques un instrument primordial « *pour la préservation d'une certaine égalité des armes et la loyauté entre partenaires économiques* »¹¹⁹.

59. La moralisation des contrats d'affaires semble se présenter comme une nouvelle construction juridique qui cherche à démontrer l'existence d'une nouvelle fonction du contrat, porteuse d'un idéal de justice contractuelle, de distribution harmonieuse des richesses dans les rapports juridiques. Il en est ainsi lorsque l'on permet la révision du contrat pour imprévision, que l'on sanctionne les clauses abusives, l'abus de la dépendance d'un des contractants, ou encore lorsque l'on admet le mécanisme de réfaction du prix, *etc.*

¹¹⁹ CA Paris 21 juin 2017, 15/18784, Gaz. Pal. 2017, n° 30, p. 21, obs. F. Jacomino.

60. Dorénavant, la confiance que plaçait le législateur dans les parties au contrat pour qu'elles soient les garantes de l'équilibre de leurs relations contractuelles sur le fondement du principe de la liberté contractuelle a cédé sa place au soupçon, compte tenu souvent d'une position de supériorité ou de domination d'un des contractants lui permettant d'imposer à l'autre un déséquilibre contractuel. Comme l'a souligné G. Ripert, « *le droit dans sa partie la plus technique (le droit des obligations) est dominé par la loi morale*¹²⁰ ». Ainsi, faire de l'éthique à travers le contrat permet d'instaurer dans la vie des affaires la promotion de la justice et de l'équilibre des relations contractuelles, ainsi que du souci du bien commun. La Cour de cassation, dans son récent cycle de conférence sur le thème « l'éthique et exigence de justice », dont la première séance s'est tenue le 29 février 2024, a tenu notamment à mettre en lumière que la réflexion et l'engagement éthiques sont au cœur de l'État de droit. La notion d'éthique y a été définie comme une « *science des devoirs vis-à-vis d'autrui et une recherche de l'estime en soi. Elle est une réflexion où la visée de la justesse de la décision se conforme à l'horizon de l'exigence de justice. Elle engage une fraternité réfléchissante et agissante (...)* »¹²¹.

61. La démarche méthodologique de la recherche. L'angle d'approche que nous avons choisi nous impose de suivre une méthode comparative qui consiste à faire le diagnostic des règles juridiques élaborées par les législateurs nationaux et internationaux. Mais également, à repérer les insuffisances de la normalisation des exigences d'éthique contractuelle.

62. Le choix d'une méthode de comparaison des systèmes juridiques étudiés. Comme l'a souligné R. David à qui on attribue la paternité des expressions « droit continental » et « droit romano-germanique », la comparaison des règles juridiques appartenant à des systèmes différents permet de procéder à une vérification de la science juridique, et si nécessaire à son renouvellement¹²². La méthode comparative que nous entreprenons dans ce travail a, tout d'abord, pour objectif d'identifier les différents outils utilisés par le droit français, le droit sénégalais et le droit américain dans le cadre de la moralisation des contrats d'affaires, en cherchant pour chaque instrument, à la fois la mission qu'il remplit et les difficultés qu'il cherche à résoudre. L'ampleur que prend l'émergence d'une éthique des contrats d'affaires dans un contexte de mondialisation nous impose une étude comparative d'une matière qui porte sur le droit des obligations. Pour Saleilles, celui-ci constitue une matière incontournable en ce

¹²⁰ G. RIPERT, *Le règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 2013.

¹²¹ V°. <https://www.courdecassation.fr/agenda-evenementiel/ethique-judiciaire-et-violences-de-lintime> consulté le 18 novembre 2024.

¹²² R. DAVID, « La place du droit comparé en France dans l'enseignement et la recherche », *Livre centenaire de la Société de législation comparée*, t. I, LGDJ ; 1969, p. 52 et s.

sens qu'il est « un droit applicable partout, en tout temps et en tout lieu »¹²³. Pour le Professeur B. Fages, cette matière présente une importance considérable dans la vie courante comme dans la vie des affaires, et « *ce caractère incontournable explique la vocation du droit des obligations à constituer, sinon un droit universel applicable partout et en tout temps, du moins un véritable droit commun servant d'armature, de colonne vertébrale à l'ensemble du droit privé* »¹²⁴. Ainsi, les contrats d'affaires sont *de jure* soumis aux règles du droit commun des contrats qui peuvent présenter des particularités pour chaque système juridique quant aux solutions offertes aux parties pour résoudre une problématique donnée. Certaines des solutions proposées peuvent présenter des similitudes ou être concordantes, excluant toute hostilité d'imbrication des systèmes juridiques. Il est donc important, dans cette démarche comparative, de passer par la méthode contextuelle et la méthode fonctionnelle pour déceler cette réalité.

63. Les bénéfices du recours à la méthode contextuelle et à la méthode fonctionnelle. Pour comprendre comment une étude de droit comparé de la moralisation des contrats d'affaires permet d'enrichir le regard porté sur un autre système juridique, deux méthodes ont été privilégiées. D'une part, la méthode fonctionnelle dont la paternité est attribuée à Ernst Rabel¹²⁵ consiste à examiner les mécanismes juridiques utilisés par chacun des systèmes juridiques étudiés pour répondre à un besoin juridique ou à un objectif d'ordre public, présumé universel¹²⁶. L'intérêt qu'elle présente « réside sur sa capacité à mettre de la lumière sur les problèmes étudiés », mais aussi de faire ressortir les fonctions remplies par les notions et règles étudiées¹²⁷. Il s'agit donc de comparer les différentes solutions apportées par les mécanismes utilisés pour faire apparaître l'existence, ou l'absence d'une équivalence fonctionnelle entre ceux-ci ; ainsi que les objectifs poursuivis par chacun des systèmes étudiés dans ce processus de moralisation des contrats d'affaires. D'autre part, la méthode contextuelle, laquelle permet de structurer les mécanismes juridiques de moralisation des contrats d'affaires en les replaçant dans leur contexte culturel et comprendre quels éléments sont à l'origine de leur mise en place dans chacun des systèmes juridiques étudiés. Il s'agit à travers cette méthode de s'intéresser également à l'expérience sociale de l'élaboration des règles de droit, permettant

¹²³ R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 3^{ème} éd., 1925, p. 1.

¹²⁴ B. FAGES, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, 2016, p. 29, n° 29.

¹²⁵ Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, LGDJ, Coll. Précis Donas, *op. cit.*, p. 427.

¹²⁶ Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, LGDJ, Coll. Précis Donas, *op. cit.*, p. 430.

¹²⁷ Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, LGDJ, Coll. Précis Donas, *op. cit.*, p. 440.

d'expliquer le processus de moralisation des contrats d'affaires sur la base de facteurs environnementaux, à l'exemple des facteurs économiques, politiques, sociologiques, etc¹²⁸.

64. Les contrats d'affaires sont des instruments indispensables pour créer de la richesse et simuler la croissance économique. À cet effet, ils doivent également s'appuyer sur des valeurs éthiques qui structurent et légitiment les obligations contractuelles qui pèsent sur les parties, pour atteindre les objectifs d'efficacité et de rentabilité économique¹²⁹.

65. Les finalités de l'étude comparative. Nous pouvons à ce titre relever plusieurs finalités d'une étude comparative. Sans être exhaustifs, nous pouvons identifier trois finalités principales qui découlent d'une étude comparative. La première consiste à identifier en quoi l'autre système juridique présente des différences d'un point de vue juridique. La deuxième finalité a pour vocation d'offrir aux différents droits nationaux objet de la comparaison des outils de vérification, d'amélioration et de construction en le confrontant avec des droits d'autres systèmes juridiques. Une meilleure connaissance du Droit¹³⁰, y compris du droit interne, progresse par l'effet d'une approche comparative. À cet effet, la méthode de comparaison *« va permettre d'identifier de “bonnes pratiques” qui résultent de l'application d'une règle de droit particulière au sein d'un ordre juridique national identifié. Cette identification est susceptible de conduire dans un second mouvement à des “emprunts juridiques” »*¹³¹. Enfin, la troisième finalité d'une étude comparée consiste à permettre un rapprochement des différents systèmes juridiques, même de tradition différente, ou rendre possible toute tentative d'harmonisation ou d'uniformisation des droits à une échelle régionale ou mondiale¹³². En faisant recours au droit comparé, cela pourrait permettre la production *« des instruments normatifs au sein d'une organisation européenne ou internationale »*¹³³, ou même africaine. Nous pouvons donner l'exemple de l'élaboration des principes d'Unidroit ou des projets de droit commun des contrats en droit de l'Union européen et en droit OHADA. Ainsi, comme l'a souligné Monsieur K. I. Agbam dans sa thèse : *« la finalité du droit comparé est de permettre la compréhension de notre propre droit national, de mieux appréhender sa*

¹²⁸ B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *RIDC*, vol. 57, n° 1, 2005, p. 43. V. aussi : J. C. REITZ, « How to do Comparative Law », *Am. J. Comp. L.*, vol. 46, n° 4, 1998, p. 627.

¹²⁹ B. OPPETIT, « Éthique et vie des affaires », *op. cit.*, p. 321.

¹³⁰ V. notamment, C. HAGUENAU-MOIZARD, *Introduction au droit comparé en 10 thèmes*, Dalloz, 2018, p. 7.

¹³¹ T. RAMBAUD, *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, PUF, 2014, p. 35.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

singularité et de chercher son amélioration lorsqu'elle paraît nécessaire à des fins d'adaptation, d'harmonisation ou d'uniformisation »¹³⁴.

66. La démarche intellectuelle consiste à identifier les instruments spécifiques et les instruments communs de la moralisation des contrats d'affaires dans les trois systèmes juridiques étudiés. Puis, de choisir quelques exemples de contrats d'affaires, tels que le contrat de distribution, de vente commerciale, de franchise, dans lesquels les exigences éthiques peuvent intervenir. On pourra ainsi révéler, d'une part, la quête de modernité et d'efficacité du droit des contrats, et d'autre part, la volonté de promouvoir l'altruisme et la recherche du bien commun, lesquels sont des signes du refus des inégalités dans les relations contractuelles.

VI- Plan de l'étude

67. Le sujet est audacieux en ce sens qu'il renvoie à l'éternel débat portant sur la distinction de la Morale et du Droit, mais ce n'est pas l'objet de notre étude. Le droit est marqué par la « frénésie du changement »¹³⁵ et le scepticisme de la doctrine peut faire obstacle à la moralisation des contrats d'affaires qui pourrait voir en elle, un facteur d'insécurité juridique et de déstabilisation des acquis de la théorie classique du contrat. Comme l'énonçait Portalis : « *la morale est le droit commun de l'univers* »¹³⁶.

68. Nous envisagerons, dans un premier temps, les instruments spécifiques de la moralisation des contrats d'affaires en droit français, en droit sénégalais et en droit américain (**Première partie**) et, dans un second temps, les instruments communs de la moralisation des contrats d'affaires (**Deuxième partie**) afin de rendre compte des limites du renouvellement de la conception classique du contrat.

PREMIÈRE PARTIE : Des instruments différenciés de moralisation des contrats d'affaires en droit français, sénégalais et américain

DEUXIÈME PARTIE : Vers des outils communs de moralisation des contrats d'affaires en droit français, sénégalais et américain

¹³⁴ K. I. AGBAM, *Le contrat face à l'imprévision dans les pays francophones d'Afrique subsaharienne : essai d'une analyse normative socio-économique*, Thèse Droit, Université Laval, Québec, 2023, p. 26.

¹³⁵ P. LE TOURNEAU, « Le droit et l'éthique », *Droit et technique. Étude à la mémoire du professeur Xavier Minant de Bellefonds*, Litec, 2007, p. 307.

¹³⁶ J. HABERMAS, *Droit et morale*, Seuil, 1997, p. 78 et s.

PREMIÈRE PARTIE :

DES INSTRUMENTS DIFFÉRENCIÉS DE MORALISATION DES CONTRATS D’AFFAIRES EN DROIT FRANÇAIS, SÉNÉGALAIS ET AMÉRICAIN

69. Identification des instruments différenciés de la moralisation des contrats d'affaires. Le droit des contrats français et celui sénégalais se sont construits en grande partie à travers des travaux doctrinaux, une étude et une interprétation des textes de loi, c'est-à-dire une théorie générale du contrat qui a donné naissance à des principes directeurs, très formalisés afin de rationaliser le droit et d'y dégager une cohérence. En revanche, inspiré de la *common law* anglaise, le droit américain des contrats est plus pragmatique parce que essentiellement appréhendé comme un instrument économique¹³⁷ et, est dépourvu d'une théorie générale du contrat dans la mesure où ces principes et concepts tirent leur principale source du bon sens et de la pratique. Ainsi, le droit français, le droit sénégalais et le droit américain sont le résultat de constructions juridiques parfois différentes. Il faut cependant souligner que ces différences s'estompent en raison, notamment de la multiplication des codifications en droit américain et une utilisation dans les systèmes juridiques de tradition civiliste, de modèles de « contrats américains ». Mais, comme le montrera cette première partie, chacun des trois systèmes, à travers des instruments juridiques parfois spécifiques quant à leur nature, leur fondement et leur contenu, présente une réelle cohérence dans le processus de moralisation des contrats d'affaires. C'est pour cette raison qu'il n'existe pas de « meilleur » ou « pire » système juridique, dans la mesure où chacun est imprégné d'une culture juridique et sociologique qui le rend particulier.

70. Le Professeur J.-P. Chazal souligne à juste titre que « *jamais les acteurs du Code de 1804 n'ont conçu les conventions comme l'instrument d'individualisme exacerbé* »¹³⁸. En effet, les contrats tirent également leur principale force sur les règles de solidarité, de justice, d'équité. Il serait possible de voir à travers ces outils, un processus de moralisation des contrats d'affaires, lequel offre une nouvelle grille d'appréhension du mécanisme contractuel. À ce titre, il est vrai que la théorie générale du contrat n'a toujours pas accueilli ce phénomène. Mais sa résurgence dans certains textes de loi, dans la jurisprudence et dans une partie de la doctrine, témoigne un

¹³⁷ A. CAYOL, « L'américanisation du droit des obligations : mythe ou réalité ? », in F. BOTTINI (dir.), *Néolibéralisation et américanisation du droit*, éd. Mare et Martin, 2019, p. 182.

¹³⁸ J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs de contractants : est-on allé très loin ? », in *Colloque, La nouvelle crise du contrat*, mai 2001, Lille, p. 99.

véritable renouveau de la philosophie du contrat, conçue notamment par référence à l'équité, à la probité et à la justice contractuelle.

71. Des concepts, souvent spécifiques à chaque système juridique, tels que la bonne foi, la cause ou le *reasonable*, reviennent constamment en droit français, en droit sénégalais et en droit américain dans la production des normes, dans la théorie et dans la pratique. Aujourd'hui, il n'est plus possible de les ignorer et leurs besoins demeurent inchangés et trouvent toujours place dans plusieurs disciplines juridiques et dans les textes internationaux, avec des mises en œuvre parfois hétérogènes, dans la mesure où, corruption, abus, mauvaise foi, *etc.*, restent des comportements humains inhérents à toute société ou à toute activité économique.

72. Plan. Les droits français, sénégalais et américain connaissent un processus de moralisation des contrats d'affaires à travers des instruments spécifiques, visant à préserver leur conformité à une certaine conception éthique. C'est pourquoi, dans cette première partie, nous allons dans un premier temps identifier les marqueurs spécifiques de la moralisation des contrats d'affaires en droit français, en droit sénégalais et en droit américain (**Titre 1**), puis, dans un second temps, examiner la mise en œuvre différenciée des marqueurs transdisciplinaires et internationaux de la moralisation des contrats d'affaires (**Titre 2**).

TITRE PREMIER : LES MARQUEURS SPÉCIFIQUES DE LA MORALISATION DES CONTRATS D’AFFAIRES

73. La moralisation des contrats d’affaires, une tâche commune des droits français, sénégalais et américain, mais avec des instruments spécifiques à chaque système juridique. La thèse de la moralisation des contrats d’affaires n’est pas une thèse imaginaire, mais une thèse conceptuelle, parce que l’éthique, à travers ses manifestations imprégnées dans les règles formelles, est devenue un outil incontournable, notamment en matière de gestion des inégalités pour préserver les intérêts de chaque partie au contrat. Elle donne au droit des contrats d’affaires une coloration morale en l’imprégnant de certains concepts : « bonne foi », « équité », « raisonnable », « coopération », « confiance », *etc.*

74. Pour permettre la correction des inégalités, en prenant en compte l’absence d’égalité naturelle entre les contractants¹³⁹, il convenait de remettre en cause les postulats individualistes et libéraux¹⁴⁰ du contrat dont les excès ne devinrent plus tolérables. En revanche, une question se pose : les trois systèmes juridiques qui s’inscrivent dans cette mouvance de moralisation des contrats d’affaires utilisent-ils tous les mêmes outils, et ce, au même degré ?

75. Plan. En réprimant l’excès dans le droit des contrats d’affaires, l’exigence d’un « civisme contractuel »¹⁴¹ s’impose comme une nécessité dans tout système juridique et devient un standard qui permet d’envisager le contrat comme un ensemble d’intérêts équilibrés. Pour bien comprendre le phénomène de moralisation du droit des contrats d’affaires, il faut successivement examiner la bonne foi, un outil de moralisation des contrats d’affaires en droit français (**chapitre 1**), la cause et la bonne foi, un outil de moralisation des contrats d’affaires en droit sénégalais (**chapitre 2**), ainsi que le standard du « *reasonable* », un instrument de moralisation des contrats d’affaires en droit américain (**chapitre 3**).

¹³⁹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, spéc. p. 378, n° 28.

¹⁴⁰ J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l’homme », p. 839, n° 5. Quand les préoccupations humanistes prennent le dessus « (...) une personne placée en situation de vulnérabilité, sociale, économique, (...) ne doit pas être laissée à la merci et sous la contrainte d’un partenaire ».

¹⁴¹ J. CARBONNIER, *Les obligations*, P.U.F, 16^e éd., 1992, n° 61.

Chapitre 1 : La bonne foi, outil de moralisation des contrats d'affaires en droit français

76. La bonne foi, un principe général du droit des contrats. La bonne foi, présente partout dans le droit positif et même dans tout le Droit¹⁴², est aujourd'hui une norme de comportement qui s'impose aux contrats de droit commun et de droit spécial. Il faut entendre par norme comportementale « *un mode de vie, un comportement continu guidant les faits et gestes de toutes les parties contractantes, du début de leurs rapports, jusqu'à leur achèvement* »¹⁴³. Désormais au-delà d'un devoir moral, la bonne foi est l'expression d'une exigence morale qui, depuis la réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016, ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, rayonne pour la première fois dans les dispositions liminaires comme un principe directeur¹⁴⁴ d'ordre public.

77. Plan. À une époque où le législateur français a refusé de consacrer la révision judiciaire du contrat pour imprévision ou de généraliser l'obligation d'information parce que, refusant aveuglément de se défaire des entrailles du principe de l'autonomie de volonté, la bonne foi fit l'outil utilisé par les juges pour corriger le déséquilibre contractuel. Au regard de son influence grandissante, la bonne foi apparaît aujourd'hui comme « *l'âme du droit des contrats* »,¹⁴⁵ dont le rôle de protection du consentement, du contrat et de modération du principe de la liberté contractuelle est fortement renforcé, mais aussi encadré pour éviter son usage excessif. Bien qu'elle occupe une place importante en droit des contrats et semble de définition accessible, la bonne foi est une notion obscure qui ne cesse d'échapper à une définition exacte du législateur. Pour comprendre son appréhension, il est donc naturel d'étudier dans un premier temps la notion de bonne foi (**Section 1**) dans l'objectif, notamment d'écarter toute confusion avec des notions voisines ; avant de démontrer dans un second temps que la bonne foi est une norme morale ayant pour but la protection du consentement et du contrat (**Section 2**) dans l'optique d'une moralisation des relations contractuelles.

¹⁴² V. Ph. BRUNSWICK, « Rôle de la jurisprudence dans l'émergence du devoir de loyauté en tant que norme générale de comportement », *cah. dir. entr.*, 2016. On retrouve la bonne foi, notamment en droit pénal sous le postulat de la mauvaise foi, en droit judiciaire privé sous l'angle de la loyauté procédurale en matière civile, mais aussi en droit international privé en matière de conflit de lois dans le cadre de la fraude à la loi.

¹⁴³ P. LE TOURNEAU, M. POUMARÈDE, « Bonne foi », in *Répertoire de droit civil*, Paris : Dalloz, 2017, §83.

¹⁴⁴ N. DISSAUX, C. JAMIN, « Réforme du droit des contrats, commentaire des art 1100 à 1386-1 du code civ. », *Dalloz* 2016, p. 10.

¹⁴⁵ M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015, 816, n° 22.

Section 1 : Les contours de la notion de bonne foi en droit français

78. De la bonne foi dans les contrats d'affaires. Le contrat n'est plus le lieu de compromis d'intérêts et de volontés antagonistes. Il doit désormais être envisagé et servir de lieu de loyauté, de collaboration, de fraternité, de solidarité et d'équilibre des prestations¹⁴⁶. Avec la reconnaissance expresse de la bonne foi comme principe à l'article 1104 du Code civil par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, cela oblige à prendre conscience de son rôle, non pas accessoire, mais de premier plan qu'elle joue dans les relations contractuelles.

79. Plan. La tendance, en droit, est celle de l'imprécision, voire l'absence de définition des « notions-cadres ». Cela leur permet d'évoluer, de s'appliquer à des situations nouvelles¹⁴⁷ et de s'adapter aux diverses évolutions juridiques¹⁴⁸. La bonne foi fait partie de ces concepts hermétiques. Pour mieux comprendre la dimension juridique qu'elle revêt aujourd'hui dans les relations contractuelles (**sous-section 2**), il convient tout d'abord d'analyser et de définir, dans une perspective historique, la dimension morale de la bonne foi (**sous-section 1**).

Sous-section 1 : La dimension morale de la bonne foi en droit français

80. L'exigence morale de la bonne foi. Apparue avant l'époque des grandes codifications, la notion de bonne foi n'est pas nouvelle. De l'antiquité à l'époque moderne, elle est un concept fécond d'origine romaine qui a marqué de nombreux droits nationaux et internationaux¹⁴⁹.

¹⁴⁶ J. MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », Rev. trim. dr. civ. 1986. Il est intéressant de constater qu'aujourd'hui, de nouvelles théories contractuelles à l'exemple de la bonne foi, consacrée comme principe général intégrant des valeurs morales se sont développer et occupent le premier plan en droit des contrats.

¹⁴⁷ G. CORNU, *Regards sur le titre III du livre III du code civil*, « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général » (essai de lecture d'un titre du Code), D.E.A. de droit privé, Paris, Les cours de droit, 1977, p. 59.

¹⁴⁸ S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », in Ch. Perelman, R. Vander elst, (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, coll. Travaux du Centre national de recherches de logique, 1984, p. 40.

¹⁴⁹ V° l'exemple de la Belgique, V. D. PHILIPPE, « la bonne foi dans la formation du contrat, Rapport belge », in *La bonne foi*, dans Travaux de l'Association Henri Capitant (Journée Louisianaises 1992), t. XLIII, Paris, Litec, 1994, p. 61 et s. Pour l'auteur : « la bonne foi veille à ce que le contrat réponde aux attentes réciproques des parties contractantes ; elle pèse les intérêts en présence, elle tient compte de la situation particulière de chacun et requiert la collaboration dans la réalisation des objectifs que les parties se sont fixées ». On retrouve ces exigences à l'article 5.76 du Code civil belge qui reste sur le même énoncé que l'ancien article 1134 du Code civil français. La bonne foi est également exigée au stade des négociations par l'article 5.19. C'est le cas aussi du Code civil italien de 1942 dont les articles 1337 et 1375 énoncent respectivement la bonne foi précontractuelle et la bonne foi dans l'exécution des obligations. Dans les codifications les plus récentes, nous avons par exemple le Code civil hollandais longtemps influencé par le droit civil français, dans son livre 6, article 2, pose dans le nouveau code, que toute obligation est soumise aux exigences du « raisonnable » et « équité » qui ont pour fonction de permettre à interpréter le contrat de bonne foi. A travers la réforme de 1991, le Code civil du Québec de 1994 pose le principe de bonne foi dans le processus contractuel à son article 1375.

81. Plan. La notion de bonne foi présente plusieurs facettes¹⁵⁰ et n'est pas définie dans les textes, mais ce n'est pas pour autant qu'elle reste insaisissable. Ainsi, il nous a semblé opportun dans un premier temps de se pencher sur les sources historiques et le cadre conceptuel de la bonne foi (A) et, dans un deuxième temps d'étudier son orientation moralisatrice (B).

A- Sources historiques et cadre conceptuel de la bonne foi

82. La bonne foi dans l'ancien droit romain des contrats. La notion de bonne foi a fait l'objet depuis plusieurs siècles d'une reconnaissance unanime et générale par la doctrine contemporaine¹⁵¹. Le terme « bonne foi » est, selon les moralistes du droit des contrats, hier comme aujourd'hui, une notion floue qui n'a pas de sens unique¹⁵². Pour saisir la notion de bonne foi, il faut remonter à l'Antiquité romaine. En effet, un lien étroit, unanimement reconnu, existe entre la bonne foi classique et la « bona fides » romaine en ce qui concerne leur rôle et leur signification¹⁵³. En effet, « *dans la culture romaine archaïque, la fides est en somme la qualité d'un sujet qui apparaît comme "fiable" par rapport à ses comportements et à ses paroles* »¹⁵⁴. Ainsi, dans la culture romaine, le comportement de l'honnête sujet de droit doit être guidé par le respect des règles fondamentales. Par exemple : le respect de la parole donnée¹⁵⁵, la fidélité et la sincérité des engagements contractés qui sont considérés comme le fondement de la justice contractuelle. Ce respect inconditionnel de la parole donnée, une manifestation de la bonne foi, permettait de reconnaître, dans l'ancien droit romain, la validité des contrats qui étaient dépourvus de toute formalité au moment de leur formation¹⁵⁶. Nous

¹⁵⁰ R. DESGORCES, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, thèse, droit, Paris II, 1992, p. 36-38 ; R. VOUIIN, « La bonne foi : notion et rôle actuel en droit privé français », Paris, LGDJ ; 1939, p. 32-38.

¹⁵¹ R. VOUIIN, « La bonne foi : Notion et rôle actuels en droit privé français », *op. cit.* ; C. ARTHAUD, « De la bonne foi et ses effets en matière civile », Paris, A. Parent, 1874 ; A. BRETON, « Des effets civils de la bonne foi », 1926, *Revue critique* 86 ; F. GORPHE, « Le principe de la bonne foi », Paris, Dalloz, 1928 ; G. LYON-CAEN, « De l'évolution de la notion de bonne foi », 1946, 44 *Rev. trim. dr. civ.* 75 ; J.-J. E. MILLET, « De l'erreur et de la bonne foi en droit romain et en droit français », Paris, Lahure, 1871 ; J. JAUBERT, « Des effets civils de la bonne foi », Paris A. PÉDONE, 1899 ; R. DESGORCES, « La bonne foi dans le droit des contrats rôle actuel et perspectives », *op. cit.*

¹⁵² V. en ce sens M. LEMOSSE, « L'aspect primitif de la fides », dans *Studi in onore di Pietro e Fancisci*, t. 2, 1956, p. 41-52, réédité dans *Études romanistiques Maximes Lemosse* (Université d'Auvergne, Annales de la Faculté de Droit et de Science politique, fasc. 26), 1990, p. 61-70. ; J. IMBERT, « De la sociologie au droit : la "Fides" romaine », dans *Droits de l'antiquité et sociologie juridique*, Mélanges Henry Lévy-Bruhl, Publications de l'institut de droit romain de l'Université de Paris, XVII, 1959, pp. 407- 415.

¹⁵³ S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi dans les contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2012, p. 23, n° 1 et s.

¹⁵⁴ R. FIORI, « *Fides et bona fides* : hiérarchie sociale et catégorie juridiques », *Revue d'histoire du droit français et étrangers*, 4, 2008, p. 469.

¹⁵⁵ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUGLE, « *Introduction historique au droit des obligations* », 2007, p. 65.

¹⁵⁶ J. BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, 2^e éd., Montchrestien, 2009, p. 84. Dans le droit romain primitif, les contrats étant formalistes, le lien d'obligation ne naît que par l'accomplissement d'un formalisme, à l'exemple de la remise de la chose dans les contrats réels. La volonté des

pouvons citer, à titre d'exemple, les principaux contrats consensuels et réels : les contrats de vente, de mandat, de louage, de société, de prêt, de dépôt¹⁵⁷. Il s'agissait en droit romain de contrats de bonne foi qui ont progressivement émergé dans un contexte de mutation économique et de l'ouverture des échanges commerciaux avec l'étranger.

83. L'évolution de la notion de bonne foi en droit romain. Il est connu que c'est grâce au travail remarquable du prêteur, que la société romaine va connaître l'émergence d'un nouveau droit qui implique une atténuation de l'exigence du formalisme. En effet, pour étendre sa protection juridique en raison de la mise en place de la procédure formulaire, le prêteur s'oriente vers des considérations de moralité pour créer des actions de bonne foi qui serviront de sanction à l'obligation de respecter les contrats consensuels formés de manière non solennelle¹⁵⁸. Pour mieux s'adapter à l'évolution de la société romaine où les rapports marchands s'étaient multipliés, le droit romain des contrats était donc passé d'un droit formaliste à un droit beaucoup plus flexible. Elle va donc finir par devenir une forme d'expression purement éthique et permettre au juge romain de rechercher l'intention des parties ayant présidé l'accord¹⁵⁹. Ainsi, avant d'être une norme comportementale, la bonne foi serait tout d'abord un critère d'interprétation du contrat non pas en droit strict, mais selon son esprit¹⁶⁰. Le comportement de bonne foi marque ainsi le droit romain que certains auteurs, à l'exemple de Cicéron, vont décrire comme le fondement de la justice, c'est-à-dire « *une fidélité à la parole donnée et aux engagements pris* »¹⁶¹.

parties à elle seule ne pouvait donner naissance à un acte juridique, il fallait l'accomplissement de formes solennelles. D'où la maxime « *du pacte nu ne naît aucune action* », qui signifie que la seule convention ne suffit pas à créer le lien d'une obligation. V. en ce sens : D. DEROUSSIN, *Histoire des obligations*, éd., Economica, 2007, p.112 et s. ; J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, éd., PUF, 1992, n° 100. ; B. JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*. 3, *Système du droit strict*, Bibliothèque numérique patrimoniale, 1877, p. 42, consulté le 12 février 2022, <https://bibnum-patrimoniale.univ-grenoble-alpes.fr/items/show/42>

¹⁵⁷ J.-Ph. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 466 et s. ; A.-E. GIFFARD, R. VILLERS, *Droit romain et ancien droit français*, 4^e éd., Dalloz, 1976, n° 223 et s.

¹⁵⁸ É. CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme/consensualisme », *Les Cahiers du droit*, 2002, 43(2), p. 275-297.

¹⁵⁹ A. MAGDELAIN, « Les Actions Civiles » (Publications de l'Institut de Droit Romain, XI), Paris, Recueil Sirey, 1954, p. 55.

¹⁶⁰ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUGLE, *Histoire du droit des obligations*, 2^{ème} éd., Lexisnexis, 2011, p. 66. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, op. cit. ; Les actions de droit strict, sont celles par lesquelles leur appréciation par le juge repose sur la forme et les paroles prononcées par les contractants. Tandis que pour les actions de bonne foi, il est a été donné la possibilité au juge de statuer en équité et, en conséquence, l'esprit l'emporte sur la lettre et la bonne foi est appréciée comme étant la volonté réelle des parties. V. en ce sens, R.-M. RAMPELBERG, « La bonne foi contractuelle : d'un passé glorieux à un avenir contrasté », *Mélanges L. Winkel*, sep. 2014.

¹⁶¹ M. T. CICÉRON, *Œuvres complètes de M. T. Cicéron : Des lois*, trad. Par M. J. P. Charpentier, C. L. F. Panckoucke, 1835, t.33, p. 35.

84. À l'état final du développement de l'ancien droit romain, la bonne foi devint un principe général et s'appliqua à tous les contrats. Son champ d'application se généralise parce que sa portée ne se limite en aucun cas à la seule exécution des conventions, et encore moins à leur interprétation. La bonne foi serait un fondement normatif¹⁶² qui impose aux contractants d'adopter un comportement licite et raisonnable. C'est cette perception qui irrigue aujourd'hui les relations de droit privé en droit français. La notion de bonne foi imprègne profondément les contrats. Elle s'est transformée en un principe incontestable, servant de base à des règles et principes éthiques, que l'on retrouve maintenant dans de nombreux systèmes juridiques modernes. Elle sert dorénavant à imposer le respect de l'esprit du contrat qui implique une collaboration, voire de l'altruisme entre parties au contrat.

85. Donat a très tôt pris position pour affirmer la prégnance de la bonne foi dans les relations contractuelles. Pour l'auteur, contrairement au principe de la liberté contractuelle et au principe de convention-loi¹⁶³, lesquels ne sont que des conséquences de la volonté déclarée, la bonne foi a une primauté plus importante, parce qu'inhérente aux engagements pris par les parties. Elle apparaît donc comme une norme naturelle, supérieure à la volonté des parties. Ainsi, si la bonne foi est prégnante en droit des contrats, c'est parce qu'il sert de fondement au principe de la force obligatoire des conventions et constitue par ailleurs une des premières limites du principe de liberté contractuelle.

86. Au regard de ces premières observations conceptuelles, la bonne foi dispose d'une structure générant un certain nombre de devoirs moraux¹⁶⁴. Au-delà de l'exécution de leurs obligations, les contractants se voient désormais imposer des devoirs comportementaux¹⁶⁵. Sa consécration dans l'ordonnancement juridique imprègne une dimension morale aux relations contractuelles¹⁶⁶ que nous démontrerons dans les développements qui suivent.

¹⁶² H. JONES, « La bonne foi en droit romain », *Cahiers du CRHIDI, Histoire, droit, institutions, société*, vol. 10, p. 20, qui cite J. FAURE, « *Justa causa et bonne foi. Essai d'explication des singularités de l'usucapion pro emptore en droit romain classique* », Lausanne, 1936, p. 140.

¹⁶³ Ce principe signifie comme son nom l'indique que le contrat représente la loi entre les parties. Principe issu de l'article 1103 du Code civil (ancien article 1134 alinéa 1 du Code civil).

¹⁶⁴ G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, sous la direction de P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET ; Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2003, n° 21 et s., p. 165 et s.

¹⁶⁵ B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997.

¹⁶⁶ G. FLÉCHEUX, « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », dans *Études offertes à Jacques Ghestin : le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 341.

B- Orientation moralisatrice de la bonne foi

87. La bonne foi : une norme de comportement au service de la moralisation des contrats d'affaires. Norme de comportement¹⁶⁷, la bonne foi est vouée au respect d'un certain nombre de devoirs moraux imposés aux contractants, qualifiés d'obligations implicites¹⁶⁸. Elle revêt un caractère subjectif et les principes moraux qu'elle dicte dépendent de plusieurs facteurs : société, culture, civilisation, époque, *etc.* Ainsi, le rôle fondamental du principe de bonne foi dans un système juridique peut être décrit sous l'angle moral¹⁶⁹. Elle sert d'outil d'orientation dans les relations de droit privé qui repose sur l'attente légitime d'un comportement rationnel.

À la fin du XVII^e siècle, la bonne foi semblait renvoyer unanimement à une notion morale incontestée¹⁷⁰. En faisant de l'ancien article 1134, alinéa 3 du Code civil son fondement textuel, la bonne foi, norme substantielle admise et soutenue par certains auteurs et par les juges, a régné en maître, permettant d'inventer des devoirs de comportements, à l'exemple du solidarisme, de la loyauté, de la coopération, du respect de la parole donnée, *etc.* En effet, elle correspondait dans cette époque moderne à « *l'assurance que l'on donne d'être fidèle à sa promesse, l'exactitude à tenir sa parole, à remplir ses engagements et à la garantie qui résulte d'un serment, d'une promesse, d'un engagement* »¹⁷¹. Sur le fondement moral, il était donc nécessaire d'obéir à sa conscience, dès lors que cette dernière est définie comme la « *capacité de distinguer le bien et le mal ; le sentiment intime par lequel l'homme se rend témoignage lui-même de ce qu'il fait de bon et de mauvais* »¹⁷². L'objectif était clair, celui d'éradiquer dans les relations contractuelles de toutes les situations d'inégalités et de déséquilibres, même si cela devait nécessiter par moment une extension factice de son contenu.

88. Le fondement moral de la bonne foi. L'assimilation du principe de bonne foi à la morale tire également sa pertinence de la finalité qu'elle poursuit. Celle d'incarner une échelle de valeurs pour orienter le vouloir de l'individu. Cet aspect moral du principe de bonne foi

¹⁶⁷ V. notamment : S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi dans les contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op. cit., p. 76 ; B. LEFEBVRE, « Liberté contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement, dans Service de la formation permanente, » Barreau du Québec, vol. 129, *Développement récents en droit des contrats* (2000), Cowansville, éd. Yvon Blais, p. 49.

¹⁶⁸ Principes Unidroit, art. 5.1.1 : « *Les obligations contractuelles des parties sont expresses ou implicites* » ; Principes Unidroit, art. 5.1.2 : « *Les obligations implicites découlent : (...) c) De la bonne foi (...)* ».

¹⁶⁹ S. GUILLEMARD, « Tentative de description de l'obligation de bonne foi, en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles », in *Revue générale de droit*, p. 369-395.

¹⁷⁰ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, p. 340, n° 457.

¹⁷¹ Dictionnaire de l'Académie Française, v° foi.

¹⁷² *Ibid.*

paraît évident si l'on se réfère sur son antonyme, la mauvaise foi¹⁷³ ; mais également lorsqu'on évoque les manifestations positives¹⁷⁴ qui découlent de la bonne foi, c'est-à-dire la loyauté, la collaboration, la fidélité, la fraternité, la cohérence, l'honnêteté, etc. Le principe de bonne foi, dont le recours est désormais encadré par les textes de loi, joue aujourd'hui le rôle de « *l'outre que le droit utilise pour puiser dans la morale* »¹⁷⁵. Son contenu flou qui fait d'elle une notion très souple dont l'interprétation évolue en fonction des circonstances¹⁷⁶, permet au juge dans chaque situation de lui donner un contenu objectif dans l'optique de renforcer une norme existante. Il faut donc admettre que ce point de convergence de la morale et de la règle de droit permet de déduire que la première imprègne le second¹⁷⁷.

Traversant les siècles¹⁷⁸, le lien qui a toujours permis d'assimiler la bonne foi à la morale n'a jamais été rompu même avec la réforme de 2016 qui lui accorde une place d'honneur dans les dispositions du Code civil, parce qu'elle renvoie à un modèle de comparaison, un « Homme de bien » diligent et de bonne volonté¹⁷⁹. À notre sens, son rôle de moralisation de la vie des affaires est une évidence. En effet, sur le fondement de la bonne foi objective, le contrat doit être appréhendé comme « *un haut lieu de solidarité et d'amitié où chacune des parties tâche de rendre toute justice à l'autre* »¹⁸⁰. L'intérêt commun, fait de solidarité et de justice contractuelle, doit animer les contractants et, de ce fait, l'individualisme doit céder le pas¹⁸¹. Cela est rendu possible grâce aux exigences faites aux parties de contracter de bonne foi.

89. La conception objective de la bonne foi. Dans une acception plus large, la notion de bonne foi renvoie à « *l'attitude traduisant la conviction ou la volonté de se conformer au Droit qui permet à l'intéressé d'échapper aux rigueurs de la loi* »¹⁸². Et dans une acception restrictive qui nous intéresse dans la présente étude, laquelle renvoie au concept de norme de comportement, la notion de bonne foi désigne « *un ensemble de règles de conduite qui exige*

¹⁷³ Ph. LE TOURNEAU, M. POUMARÈDE, *Répertoire de droit civil*, janv. 2017, p.145.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ C. JARROSSON, « La bonne foi, instrument de moralisation des relations économiques internationales », in (Collectif) *L'éthique dans les relations économiques internationales*, en hommage à Ph. FOUCHARD, 2006, Pedone, p. 185, spéc. n° 16.

¹⁷⁶ G. CORNU, *Regard sur le Titre III du Livre III du code civil*, 1997, op. cit., n° 69 et s. ; V. FORTIER, *La fonction normative des notions flous*, RRJ 1991. 777.

¹⁷⁷ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligation civile*, 4^e éd., 1949, LGDJ. ; Ph. LE TOURNEAU, « Le droit et l'éthique », in *Droit et technique, Mélanges X. Linant de Bellefonds*, 2007, Litec, p. 291 et s.

¹⁷⁸ J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, 1992, PUF, n° 71.

¹⁷⁹ R.-M. RAMPENBERG, « La bonne foi contractuelle : d'un passé glorieux à un avenir contrasté », op. cit.

¹⁸⁰ A. SARIAUX, *Les obligations*, 2^e éd., 1998, Coll. Droit fondamental, PUF, n° 55, p. 231.

¹⁸¹ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges F. Terré*, 1999, Dalloz-PUF-J.-Cl., p. 603. ; B. OPPETIT, « Éthique et vie des affaires », in *Mélanges A. Colomer*, 1993, Litec, p. 319, spéc. p. 323.

¹⁸² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, op. cit., V° Bonne foi, p. 119.

des sujets de droit, une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intention malveillante »¹⁸³. Ainsi, imposant aux parties d'agir de bonne foi, le droit positif pose une règle d'orientation des comportements ayant pour finalité de moraliser les relations contractuelles.

Le doyen G. Ripert partageait déjà cette perception. Pour l'auteur, la bonne foi est un outil utilisé par le législateur et par le juge pour imprégner le droit positif de règles morales. Ainsi, la règle morale dont l'objet matériel est relatif aux actes apparaît comme une « *science des comportements vertueux* »¹⁸⁴ qui exerce une influence sur les consciences à travers des valeurs morales qui entendent diriger les comportements. Par conséquent, « *dès lors que la conscience d'un individu réprouve son attitude, il est moralement responsable* »¹⁸⁵. La volonté de l'individu est donc concurrencée par la morale. Selon le Professeur J. Ghestin, la notion de bonne foi est « *synonyme de sincérité, de franchise et plus largement de loyauté. Elle s'oppose à la mauvaise foi, le dol, la tromperie ou la fraude* »¹⁸⁶. Cette définition vient conforter notre position de considérer la bonne foi comme une norme éthique de comportement, d'inspiration morale qui prend une place importante dans la sphère contractuelle¹⁸⁷.

90. Bonne foi et loyauté : deux notions proches de moralisation du contrat. Il est important de souligner que la bonne foi et la loyauté sont deux notions très proches. Elles sont très souvent dans le langage courant, tenues pour synonymes. Ce rapprochement des deux notions en matière contractuelle qui est plaidé par la majorité de la doctrine¹⁸⁸, du fait du rapport qu'elles entretiennent avec la morale, justifie de façon naturelle de considérer une personne faisant preuve de loyauté comme de bonne foi. En conservant leur autonomie juridique, les deux notions ont le même objectif, celui de moraliser les relations contractuelles¹⁸⁹, même si, comme soutenue par certains auteurs, seule la bonne foi bénéficie expressément depuis le Code civil de 1804¹⁹⁰ d'une assise textuelle dans l'ordonnement juridique français. La dimension

¹⁸³ P. JOURDAIN, « La bonne foi dans la formation du contrat. Rapport français », in *La bonne foi, Travaux de l'Association Henri Capitant*, op. cit., p. 121.

¹⁸⁴ A. SERIAUX, *Le Droit – une introduction*, Paris, Ellipses, 1997, p. 39.

¹⁸⁵ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil : Obligations. Théorie générale*, 9^e éd., t. 2, vol. 1, Montchrestien, 1998, p. 366.

¹⁸⁶ J. GHESTIN, *Traité de droit civil : les obligations : le contrat : formation*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1988, p. 200.

¹⁸⁷ B. LEFEVRE, « La négociation d'un contrat : source potentielle de responsabilité extracontractuelle », in P.-C. LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse : en quête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 573. Pour l'auteur, « *le droit tend vers l'idéal de justice et un des plus grands défis du droit est d'essayer de l'atteindre. Afin d'y parvenir, le droit fait appel à la morale qui est le fondement de plusieurs règles, dont celle de la bonne foi* ».

¹⁸⁸ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, op. cit., p.340, n°457.

¹⁸⁹ J. MESTRE, « Le dol de l'acquéreur de parts sociales », *RTD civ.*, 1997, p. 114.

¹⁹⁰ Article 1134 al. 3, nouveau article 1104 depuis l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

morale qu'elles partagent « *au sens d'exigence d'un comportement loyal* »¹⁹¹, les mêmes fondements sur lesquels elles reposent et le même but poursuivi renforcent la confusion. Ainsi, comme normes comportementales dont la finalité de préserver la sécurité, la confiance, la sincérité, la probité, l'honnêteté, l'intérêt commun dans les relations contractuelles, *etc.*, il est impossible de dissocier la bonne foi et la loyauté à ce rôle d'orientation moralisatrice des comportements des parties.

91. En somme, tout au long des phases contractuelles, les contractants se verront imposer un certain nombre d'obligations comportementales qui vont tirer leur source du principe de bonne foi. Celle-ci serait donc une traduction juridique de certaines valeurs morales dans les contrats d'affaires permettant de faire évoluer la théorie générale du contrat.

Sous-section 2 : La dimension juridique de la bonne foi en droit français

92. La bonne foi dans le nouveau droit français des contrats. Depuis plusieurs siècles, la notion de bonne foi s'est imposée dans les relations contractuelles. Aujourd'hui, elle est plus largement intégrée comme norme moralisatrice du contrat dans le Code civil par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats. Elle devient un « *nouveau centre de gravité du droit des contrats* »¹⁹², parce que de la phase précontractuelle à la phase post-contractuelle, chaque partie au contrat sera tenue de respecter un certain nombre d'obligations, qualifiées de normes comportementales. La seule réprimande morale s'avère insuffisante pour contrôler certains agissements. Le législateur français a donc intégré, dans la loi, un certain nombre de règles d'ordre éthique qui tirent leur source de la bonne foi. Elles seront transformées en obligations avec des sanctions plus efficaces.

93. Plan. Étudier la notion de bonne foi comme outil de moralisation des contrats d'affaires en droit français nous amène à tenter de découvrir ce que cette obligation morale implique au regard du droit. Est-elle une notion actuelle du droit ? Pour répondre à cette question, l'identité juridique de la bonne foi sera étudiée dans un premier **(A)**. Puis, dans un second temps, voir que la bonne foi, dans sa facette de norme comportementale moralisatrice, est une traduction juridique de valeurs morales **(B)** qui irriguent les contrats d'affaires.

¹⁹¹ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, op. cit.*

¹⁹² X. DIEUX, « Tendances générales du droit contemporain des obligations. Réformes et contre réformes », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. J.B.B., 2000, p. 6.

A- Identité juridique de la bonne foi

94. Absence de définition légale de la bonne foi. Une notion récurrente et classique en droit des contrats, la bonne foi est décrite comme un standard. À notre sens, cette qualification pourrait être rattachée à l'absence de définition légale, malgré son positionnement au sein des dispositions liminaires du Code civil depuis la réforme de 2016. En effet, aucun texte ne vient clarifier l'épineuse question de sa définition. Toutefois, malgré l'imprécision de son contenu¹⁹³, l'insécurité juridique que l'interprétation abusive de la bonne foi pourrait causer en raison de sa malléabilité offrant au juge une large marge de manœuvre, elle ne semble pas pour l'heure avoir une influence néfaste dans sa fonction normative de recherche de justice du contrat. Mais nous pensons que, même si la diversification de ses contours et de ses fonctions est encouragée¹⁹⁴, il serait opportun, *a minima*, pour mieux appréhender la finalité dévolue à la bonne foi, de déterminer l'acception donnée à cette dernière afin de faciliter son usage comme outil de jugement du comportement des contractants. En effet, comme le souligne le Professeur E. Millard, « *la langue de la science du droit ne peut se satisfaire de ces imperfections (...). Elle doit clarifier son langage-objet pour pouvoir en rendre compte* »¹⁹⁵. Il est évident que les exigences susceptibles de découler de la bonne foi demeurent incertaines, mais il est possible de compter sur l'actualité jurisprudentielle qui apporte de nouvelles pistes de réflexion, lesquelles seront exposées plus loin, permettant d'éclairer l'acception du concept de bonne foi.

95. Tentative de définition fonctionnelle de la bonne foi. Pour reprendre la définition donnée par certains auteurs français, plus complète que celle donnée précédemment, la bonne foi évoque « *une conduite loyale et honnête (...), un principe éthique de respect mutuel entre les hommes, et commande, moyennant les conditions et les sanctions que le droit prescrit, de ne pas faire à autrui le tort que nous ne voudrions pas subir* »¹⁹⁶. Ainsi, « *pour déterminer ce qui est dû, il faut rechercher ce que l'honnêteté permet d'exiger comme ce qu'elle oblige à accomplir* »¹⁹⁷. Elle serait donc, à premier abord, un fondement de la force obligatoire des

¹⁹³ V° notamment, V. FORTIER, « La fonction normative des notions floues », *RRJ* 1991, p. 755.

¹⁹⁴ V° Notamment, D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *op. cit.*, p. 603 s. ; L. GRYNBAUM et M. NICOD, *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004 ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 369.

¹⁹⁵ É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006, p. 59-60.

¹⁹⁶ Ph. LE TOURNEAU, *Répertoire de droit civil*, Bonne foi, Dalloz, 1995, *op. cit.*, p. 121 et s.

¹⁹⁷ M. PLANIOL, G. RIPERT, P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, Les obligations, Première partie, Paris, 1930, n° 379.

obligations. Et pour avoir sa légitimité en tant que règle légale, la bonne foi comme outil de moralisation du contrat¹⁹⁸ a été très tôt consacrée dans le Code civil de 1804.

96. La bonne foi, une règle morale devenue juridique. La bonne foi, norme moralisatrice du contrat, apparaît aujourd'hui aux yeux de la doctrine majoritaire comme parée de vertus cardinales pour la stabilité et la sécurité des relations contractuelles. D'inspiration éthique, elle a été érigée depuis plusieurs décennies en pierre angulaire par la plupart des systèmes juridiques nationaux dans leurs droits des obligations. Aujourd'hui, la bonne foi apparaît comme un principe général du droit¹⁹⁹ et retrouve une place parmi les règles primordiales du droit des contrats. Dans les travaux préparatoires, il était mentionné que la bonne foi « *est le fondement de tous les engagements* »²⁰⁰, ce qui fait d'elle « *la plus juridique des règles* »²⁰¹. Le droit strict ne suffit pas à lui seul pour contenir les règles de droit qui gouvernent le contrat. Pour cette raison, la bonne foi joue une fonction complémentaire qui se manifeste sous diverses formes. D'une part, en posant des exigences comportementales destinées à moraliser l'usage de la liberté contractuelle. D'autre part, en servant d'outil de sanction aux manquements de certaines obligations contractuelles.

97. Consécration de la bonne foi comme principe directeur du droit des contrats. Énoncée dans le Code civil de 1804 dans les dispositions relatives aux effets du contrat, la bonne foi est désormais placée depuis la réforme de 2016 du droit des contrats dans les dispositions liminaires afférentes au contrat. Elle bénéficie d'un « nouveau statut »²⁰² de principe directeur²⁰³ au même titre que la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat, et vient confirmer le processus de moralisation du contrat amorcé depuis plusieurs années par la jurisprudence et les textes de droit spécial. Par ce nouveau statut de principe directeur du contrat, la bonne foi marque un pas de plus en droit français et se démarque désormais du droit sénégalais et du droit américain, où elle est considérée comme un simple devoir contractuel. Par exemple, en droit américain, bien que la bonne foi ne soit pas une règle d'ordre public, elle est expressément prévue aux paragraphes 1-201 et 1-304 du *Uniform Commercial Code (UCC)*,

¹⁹⁸ C'est qu'affirme une partie de la doctrine. Cf. Ph. LE TOURNEAU, *Répertoire de droit civil*, Bonne foi, *op. cit.*, n° 10 ; P. JOURDAIN, « La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport français », *op. cit.* p. 121.

¹⁹⁹ J.-L. BERGEL, *Théorie général du droit*, 5^e éd., coll. Méthode du droit, Dalloz, 2012, n° 89. Pour le professeur BERGEL, la bonne foi est un principe général du droit qui est « *emprunté à la morale* ».

²⁰⁰ Rapport de CAMBACÉRÈS, *in* Fenet, t. 1, p. 107.

²⁰¹ G. CORNU, « La bonté du législateur », *RTD civ.* 1991, 283.

²⁰² D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : haro en Hérault sur le projet », *D.* 2008, p. 2675, n° 5.

²⁰³ V. notamment : B. DE BERTIER-LESTRADE, « La bonne foi dans la réforme française des contrats » *in* C. LE GALLOU (dir.), *Le contrat dans tous ses États*, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2019, p. 141-160.

où elle est conceptualisée comme le comportement honnête et le respect raisonnables des normes commerciales. Le législateur français accorde désormais un champ d'application plus large à la bonne foi, en conférant ce principe directeur du droit des contrats, le caractère d'ordre public²⁰⁴.

98. Le nouvel article 1104, alinéa 1^{er} du Code civil, dispose que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». Même si sa nature n'a pas été précisée par le législateur, quant à savoir si c'est une obligation ou un devoir général, il serait permis de soutenir que cette disposition a le statut de principe directeur²⁰⁵, et que tout le droit des contrats est sous « *la tutelle impérieuse de la bonne foi* »²⁰⁶. Par conséquent, elle est inhérente au contrat²⁰⁷ qui lui sert de champ d'application. Il faut également souligner que la bonne foi joue également le même rôle au stade des négociations précontractuelles²⁰⁸. Selon l'article 1112, alinéa 1^{er} « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». La liberté d'entrer en négociation ou de contracter demeure, car il n'est jamais fait obligation de contracter. Toutefois, cette liberté est encadrée par la bonne foi qui impose des normes de comportement à l'occasion des négociations précontractuelles. Pour rappel, avant sa consécration par le législateur, la bonne foi avait déjà été reconnue par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt rendu en date du 20 mars 1972. La Cour avait retenu que le franchisé a manqué « *aux règles de la bonne foi dans les relations commerciales* » du fait d'avoir maintenu « *dans l'incertitude prolongée* » son cocontractant alors qu'il n'avait nullement l'intention de conclure le contrat²⁰⁹. Cette solution sera confirmée plusieurs fois par la Haute juridiction, notamment dans un récent arrêt du 7 mars 2018²¹⁰. La jurisprudence s'accorde donc sur le principe du

²⁰⁴ Avant la réforme de 2016, Demolombe la voyait déjà comme une règle d'ordre public. V. C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1868, n° 393.

²⁰⁵ N. DISSAUX, C. JAMIN, « Réforme du droit des contrats, commentaire des art. 1100 à 1386-1 du Code civil », D. 2016, p. 10.

²⁰⁶ J. MESTRE, B. FAGES, obs., in *RTD civ.* 2000, p. 326 ; D. MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », in *Mélanges J. Hauser*, 2012, LexisNexis-Dalloz, p. 905.

²⁰⁷ Ph. DELEBECQUE, « Clauses d'allégement des obligations », J.-CL., Contrats-Distributions, fasc. 110, 2002, p. 121 et s. L'auteur considère que le contrat ne peut être envisager sans l'application du principe de bonne foi à la charge des parties. En effet, son caractère d'ordre public rend impossible son exclusion ou son atténuation. Ce qui est conforme par les principes UNIDROIT (art. 1. 7. 2).

²⁰⁸ Cette position n'a pas toujours été admise par la jurisprudence. En effet, dans un arrêt de la 3^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation du 14 septembre 2005 avait retenu que la bonne foi ne peut exister qu'en présence d'un lien contractuel (Cass. civ. 3^{ème}, 14 sept. 2005, *Bull. civ.* III, n° 166, Dalloz, 2006, note D. Mazeaud, *RTD civ.*, 2005.), pour ensuite admettre dans un arrêt de la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation du 18 décembre 2012 que la bonne foi existe lors des pourparlers, c'est-à-dire pendant la période précontractuelle (Cass. civ. 1^{ère}, 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-28.251, inédit, *RTD civ.*, 2013, 109, obs. B. Fages).

²⁰⁹ Cass. com., 20 mars 1972, *Bull. civ.* IV, n° 93; *RTD civ.*, 1972, p. 779, note G. Durry.

²¹⁰ Cass. com., 7 mars 2018, n° 16-18060.

respect de l'obligation de bonne foi, même dans les pourparlers sous peine pour les parties de voir leur responsabilité engagée. À cet égard, nous pensons que, dès lors que la bonne foi s'applique à tous les stades du contrat, il n'est pas certain qu'elle puisse avoir le même degré d'efficacité et la même signification selon quelle se manifeste au moment de la formation ou de l'exécution du contrat.

99. En ce qui précède, la bonne foi semble gagnée en autonomie en tant que norme de conduite requise de tout contractant et comme outil de recherche de l'intention des parties²¹¹. On peut lire dans le Code civil l'idée d'une « union » entre le créancier et le débiteur dans les relations contractuelles. Ce qui implique loyauté et collaboration entre parties au contrat. C'est dans cet ordre d'idées que « *le créancier, quant à la prestation qu'il doit recevoir, n'est pas seulement créancier, il peut avoir un devoir de collaboration et un devoir de ne pas abuser de son débiteur* »²¹². Ainsi, quitte à sacrifier un peu de ses intérêts²¹³ dans le « microcosme » qui repose sur l'esprit de collaboration, de loyauté, de coopération, de fraternité ou d'altruisme²¹⁴, chaque partie doit veiller aux intérêts de l'autre. À titre d'illustration, la Cour de cassation le rappelle dans sa décision rendue le 5 juin 2024 en confirmant la solution de la Cour d'appel qui a retenu le manquement du contractant à ses obligations de loyauté et de bonne foi. Selon la haute juridiction, bien que l'exclusivité territoriale ne soit pas accordée, le contractant a manqué à ses obligations de loyauté et de bonne foi en prenant la décision de délivrer un agrément non justifié, car, à cette période, l'implantation d'un nouveau point de vente concurrent à quinze mètres du commerce de son cocontractant n'était pas favorable. Cela a créé chez ce dernier une inquiétude quant à la pérennité de son activité, ce qui constitue un préjudice moral²¹⁵. En ce sens, le juge et le législateur ont mis en place des moyens pour rétablir l'équilibre des intérêts communs dans les relations contractuelles en se fondant sur la moralité contractuelle.

En définitive, il faut préciser que la bonne foi ne vise pas à déterminer, ni le contenu du contrat, ni ce que doit ou ne doit pas être le contrat. En revanche, elle ne se résume pas à un

²¹¹ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^e éd., 2012, Economica, p. 436.

²¹² R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, Paris, Rousseau, 1932, n° 3, p. 9. L'auteur part de l'idée que « *les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un bus commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans une société civile ou commerciale* ».

²¹³ J. MESTRE, *Obligations et contrats spéciaux*, RTD civ., 1986., 101. V. not. : Com. 25 février 1981, Bull. civ. IV, n°109, p. 83 ; Paris, 15 mai 1975, JCP 1976, II, 18265, note BOITARD et DUBARRY).

²¹⁴ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », *op. cit.*, spec., n° 8.

²¹⁵ Cass. com., 5 juin 2024, n° 22-20.930.

simple état d'esprit, elle est aujourd'hui, en tant véritable règle substantielle de moralisation du contrat, un pilier qui gouverne le comportement des parties dans chaque phase du contrat.

B- Dynamique juridique de la bonne foi

100. La bonne foi, corolaire constant d'obligations comportementales. À la suite des travaux de Demogue, certains auteurs ont estimé qu'il fallait considérer la bonne foi, non pas comme une norme auxiliaire et contingente, mais comme un outil indispensable à la justice contractuelle²¹⁶. La première source d'obligations dans tout contexte contractuel étant le contrat lui-même, la bonne foi n'a pas pour but d'imposer l'exécution des engagements pris par les parties, mais de faciliter celle-ci en imposant l'adoption d'un comportement éthique acceptable et raisonnable²¹⁷. Elle est aujourd'hui considérée en droit français comme « *l'âme du droit des contrats* »²¹⁸, gardienne de la morale dans les relations contractuelles. Ainsi plébiscitée, sa consécration légale comme principe directeur permet l'atteinte de deux objectifs. D'une part, elle permet au droit français de promouvoir l'affirmation des valeurs morales dans les relations contractuelles qui mettent à la charge des contractants une responsabilité et une conduite éthique. D'autre part, comme norme complétive, la bonne foi renforce la cohérence des règles contractuelles et éclaire leur interprétation. Elle fait naître un certain nombre d'obligations comportementales²¹⁹, tacites ou implicites, qualifiées « *d'éthique contractuelle* »²²⁰ et qui imposent aux parties « des manières d'être et d'agir »²²¹. Ainsi, pour comprendre la notion de bonne foi, les auteurs se réfèrent aux notions de loyauté²²², de sincérité²²³, de fidélité²²⁴,

²¹⁶ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », Dalloz, vol. 1, 1982, chron. 1, p. 1 ; L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, pp. 180- 181, n°2. Pour l'auteur, « le principe de bonne foi et de loyauté, l'exigence (sinon le principe) de proportionnalité offrent encore de multiples ressources au contrôle juridictionnel de la justice contractuelles ».

²¹⁷ S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi dans les contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op. cit., p. 78, n° 68.

²¹⁸ M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », Dalloz, 2015, 816, n° 22.

²¹⁹ A titre d'exemple : l'obligation d'information, de renseignement et de conseil, l'obligation de minimiser le dommage, l'obligation de collaboration, de cohérence, etc. Cf. J.-F. Romain, « Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi en général, et de la fraude, en particulier (*fraus omnia corrumpit*) », Coll. Fac. Dr. U.L.B., Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 838-840.

²²⁰ D. MAZEAUD, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 63, n° 10.

²²¹ B. FAGES, *Le comportement du contractant*, op. cit., n° 552.

²²² A titre d'exemple : A. BENABENT, « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français, in La bonne foi », op.cit., p. 293 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, op. cit., n° 255 ; A. SÉRIAUX, *Les obligations*, op. cit., n° 201 ; Ph. LE TOURNEAU, *Répertoire droit civil, Bonne foi*, op. cit., n° 5.

²²³ Ph. LE TOURNEAU, art. prec., not., n° 70 ; J. GHESTIN, op. cit., not., n° 90.

²²⁴ Ph. LE TOURNEAU, *Répertoire de droit civil, Bonne foi*, op. cit.

d'honnêteté²²⁵. Ils ont donc fait de la bonne foi le fondement de ces obligations tacites ou implicites imposées aux contractants. Ce sont des notions qui devraient avoir pour but de donner plus de précision à la notion de bonne foi, mais il faut constater qu'elles sont aussi vagues et imprécises que la notion de bonne foi elle-même.

101. Le devoir de loyauté, corolaire de la bonne foi et outil de moralisation du contrat. Tout comme la bonne foi, en droit français, la loyauté est dans cette dynamique de moralisation du contrat par l'irrigation des valeurs morales dans l'ordonnement juridique. Dans sa simple définition, elle « *interdit à une partie de tromper son cocontractant et lui impose d'adopter une attitude cohérente, tel que ce dernier puisse décider de sa propre conduite en connaissance de cause* »²²⁶. L'approche extensive du devoir de loyauté se justifierait surtout dans les contrats d'affaires nécessitant un comportement loyal et une confiance particulière entre les parties. En effet, dans la pratique, les contrats de partenariat, à l'exemple du contrat de distribution, du contrat de franchise, des contrats d'entreprise ou de services, la loyauté y est indispensable. En raison de la nature de ces contrats qui s'étendent sur une longue période, la loyauté de l'une envers l'autre partie, fondement de la confiance, est un devoir moral. Dans cette optique, c'est un outil utilisé pour veiller non pas à l'égalité absolue des parties au contrat, mais plutôt pour surveiller le comportement des partenaires dans le but d'optimiser la pérennité du contrat et d'assurer son efficacité économique. Cette évolution de la perception économique du contrat en droit français semble être influencée, malgré les dissemblances, par le droit américain qui accorde une préoccupation majeure à l'utilisation rationnelle et à la distribution efficiente des ressources et des richesses²²⁷. Sous cet angle, le rapprochement du droit français avec le droit américain qui prône le maintien du contrat utile et l'éradication de celui qui est inutile est patent.

102. Il faut admettre que le but premier qui anime le devoir de loyauté est de soutenir l'efficacité économique des relations d'affaires en veillant à l'attitude malhonnête des parties au contrat. Dans ces perspectives, garanti par la proposition de règlement de droit commun de la vente en droit européen²²⁸, la jurisprudence²²⁹ tout d'abord, ensuite, le législateur est venu

²²⁵ M. PLANIOL, G. RIPPERT, P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, Les obligations, Première partie, op. cit., n° 379.

²²⁶ S. GUINCHARD (dir.), T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 29^e éd, 2021-2022, p. 651.

²²⁷ A. A. LEVASSEUR, *Le contrat en droit américain*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1996, p. 10.

²²⁸ L'expression de « *coopération loyale* » a été utilisée pour la première fois par le juge de l'Union. V° CJUE, 10 février 1983, *Luxembourg c. Parlement européen*, aff. C-230/81, *Rec.*, p. 255, point 37.

²²⁹ Dans un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation rendue le 25 octobre 2006, le juge du fond confirme ce rôle du devoir de loyauté de préserver l'efficacité économique à travers l'obligation d'information.

consacré implicitement à travers l'ordonnance du 10 février 2016, le devoir de loyauté à l'article 1112-1 du Code civil. Celui-ci dispose que « *celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* ». L'esprit de cette disposition est incontestablement influencé par le devoir de loyauté appréhendé par la jurisprudence, dès lors que l'existence d'une confiance dans les relations d'affaires exige un devoir de loyauté entre les parties.

103. Cela étant, le rôle que la confiance joue dans les relations d'affaires fait que la loyauté est envisagée d'un point de vue collectif²³⁰. Ainsi, « *loyauté et confiance constituent deux notions indissociables : on ne peut être loyal que si on a confiance en son partenaire* »²³¹. Elle permet entre acteurs économiques « *de maintenir une relation de confiance et de consacrer une solidarité entre les parties contractantes qui s'entend comme la présentation des intérêts de chacun* »²³². La loyauté qui est proche de certaines notions s'incarne à travers des obligations positives qui s'imposent aux contractants. En effet, la confiance qu'elle suscite fait que la loyauté fait notamment peser sur le contractant qui détient une information déterminante l'obligation de la fournir. C'est pourquoi elle est étroitement liée à la bonne foi, comme nous l'avons précisé dans les précédents développements.

104. Conclusion de la section 1. La bonne foi, règle morale qui tire ses racines du droit romain, s'est emparée, au fil des années, des relations d'affaires pour devenir un principe directeur du droit des contrats. Avec l'émergence du principe de bonne foi, le contrat devient aujourd'hui une source de droits et d'obligations collectives où les contractants sont perçus comme ayant des intérêts communs. Maintenant que les contours de la notion de bonne foi sont cernés, il faut alors envisager son utilisation en droit français des contrats d'affaires.

La haute juridiction dans sa décision affirme que « *l'acquéreur n'est pas tenu de procéder à des investigations pour pallier l'absence d'information donnée par le vendeur* ». Ainsi, l'acquéreur en s'abstenant de procéder à des investigations pour acquérir des informations, la Cour de cassation lui garantit une économie de temps d'une part, et d'autre part de moyens qui va permettre d'optimiser l'évolution de la relation économique.

²³⁰ V. notamment : S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi dans les contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op. cit., p. 52, n° 24 et s ; E. Mc KAA, S. ROUSSEAU, *L'analyse économique du droit*, Dalloz, 1^{er} éd., 2008, p. 54.

²³¹ M. NUSSENBAUM, « Le devoir de loyauté, un impératif économique », *RJC*, 2013, n° 3, p. 205.

²³² *Ibid.*

Section 2 : L'utilisation de la notion de bonne foi en droit français

105. Les manifestations de la bonne foi au sein des contrats d'affaires en droit français. Depuis plusieurs années, la bonne foi ne cesse d'évoluer de façon remarquable²³³. Elle a fini par conquérir le droit français des contrats en faisant émerger de nouvelles obligations empreintes de moralité qui influencent la substance du contrat. La bonne foi, comme principe directeur, mieux délimitée et encadrée par les textes pour plus de prévisibilité permettant de garantir la sécurité juridique des contrats, elle contribue aujourd'hui à exprimer un nouvel entendement du contrat, plus souple et plus collectif, permettant son adaptation. Elle devient, en droit français, l'instrument par référence de moralisation du contrat, où « *l'altruisme, la patience, le respect mutuel, l'indulgence, le sens de la mesure, la cohérence, l'entraide, la tolérance (...) constituent un code de bonne conduite, une éthique que chaque contractant doit respecter dans l'univers contractuel* »²³⁴.

106. Plan. À la lumière des tendances générales d'humanisation des rapports juridiques, la bonne foi comme outil de moralisation met en évidence la fonction utilitariste du contrat qui était autrefois décrit comme le résultat d'une rencontre de volonté libre et égale²³⁵. Afin de compenser les rapports d'inégalités dans les contrats d'affaires, la bonne foi serait l'instrument juridique d'ordre public par excellence pour, d'une part, protéger l'expression de la volonté des parties (**sous-section 1**), et d'autre part, protéger l'utilité économique des contrats d'affaires (**sous-section 2**).

Sous-section 1 : La protection du consentement des parties par la bonne foi

107. Le rôle de la bonne foi dans la protection du consentement. Le contrat, source d'obligations, peut être le lieu de manifestation de valeurs, comme la transparence, la coopération, la sécurité, la proportionnalité que le législateur, la jurisprudence, la doctrine tendent à redécouvrir et à renouveler à travers notamment l'obligation d'information. Certes, dans l'approche classique du droit des contrats, les parties sont présumées être en situation d'égalité, mais, en pratique, l'accord des volontés n'est qu'une simple présomption d'égalité

²³³ G. LYON-CAEN, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.* 1946, p. 75 ; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse droit, Dijon, 1989 ; B. FAGES, *Le comportement du contractant*, op. cit. ; S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi dans les contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op. cit.

²³⁴ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », op. cit., p. 608.

²³⁵ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté, en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse droit, Dijon, 1912.

qui doit être écartée, si l'équilibre entre les droits et les obligations des parties est rompu²³⁶. Il faut donc prévenir l'altération de l'expression de la volonté, en imposant, dans les périodes précontractuelles, des obligations permettant aux parties de s'engager en connaissance de cause. Ainsi, pour y parvenir l'information a toujours été l'outil de référence et la pièce maîtresse du dispositif de protection du consentement des parties²³⁷.

108. Plan. Le propre du principe de bonne foi est de permettre d'ordonner aux parties un comportement positif. Il a progressivement servi de support à la consécration de nouvelles obligations et prohibitions, telles que l'obligation d'information (A) et l'interdiction de l'abus de dépendance appréhendé comme un vice du consentement (B).

A- Information, moralisation et bonne foi

109. Contexte général. La morale n'avait pas bonne presse dans les contrats d'affaires c'est pourquoi on n'en parlait pas beaucoup. Néanmoins, il y a une part des règles et principes qui encadrent la matière contractuelle qui est faite de morale. En effet, le contrat dans lequel doit exister un *jus fraternitatis*, l'altruisme entre contractants doit y régner²³⁸. Le Doyen Carbonnier, partisan de la fonction sociale du contrat, suivant une pensée précise sur le rapport entre le contrat et la morale, soutenait à juste titre que le contrat doit être juste²³⁹. Toutefois, pour la doctrine libérale du XIX^e siècle, le contrat peut être considéré comme juste lorsqu'il est librement formé²⁴⁰. Mais, avec le phénomène de l'érosion de la volonté contractuelle²⁴¹, cette analyse de la doctrine libérale ne peut être confortée que lorsque les parties au contrat sont situées dans une position d'égalité²⁴² ou dans une situation d'équilibre afin qu'elles puissent, en toute autonomie, exprimer librement leur consentement. Il faut à cet effet constater qu'avec la fluidité du marché, cette égalité n'est pas toujours présente dans les relations d'affaires compte tenu du niveau d'accès à l'information de chaque contractant²⁴³. Il existait un vide

²³⁶ J. GHESTIN, *op. cit.*, note 88, p. 197, n° 182.

²³⁷ A. LEPAGE, « Les paradoxes du formalisme informatif », in *Liber Amicorum Jean Calis-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 597.

²³⁸ J. CARBONNIER, « Paroles de Jean Carbonnier. Propos retranscrits par Raymond Verdier », *Droit et cultures*, 48, 2004, pp. 231-251.

²³⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, PUF, 1998, n° 78. Pour l'auteur le contrat doit être juste « parce qu'il est raisonnable de penser qu'un individu capable et sensible à ses intérêts et en a une suffisante intelligence ».

²⁴⁰ J. GHESTIN, *Les obligations, Le contrat : formation*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 40.

²⁴¹ S. OBELLIANNE, « Consécration indirecte », in *Les sources des obligations*, PUAM, 2009.

²⁴² Les parties sont le plus souvent dans une situation d'inégalité qui menace le contrat : inégalité de puissance économique, inégalité ou différence de savoir technique, asymétrie de position contractuelle, etc.

²⁴³ C'est la position soutenue par le Professeur D. Mazeaud, qui pense que le contrat « est le fruit de l'inégalité des contractants, laquelle se traduit par la liberté unilatérale du contractant dominant lors de la conclusion du contrat ».

juridique lié à l'obligation d'information non codifiée par le Code civil de 1804 qu'il a fallu combler. Pour y parvenir, les juges, à une certaine période, se sont référés à certains articles dudit code, par exemple aux anciens articles 1108, 1109 et 1134, qui sont devenus les nouveaux articles 1128 et 1130 et 1104. Sur le fondement de ces dispositions, ils ont pu mettre en œuvre, parfois de façon excessive, un mécanisme de protection du consentement du contractant²⁴⁴. Ils ont donc rattaché l'obligation générale d'information, soit aux principes qui gouvernent le dol lorsque le défaut d'information a une incidence sur le consentement, soit aux principes de bonne foi ou d'équité lorsque le défaut d'information a une incidence sur la bonne exécution du contrat. Au fil des années, elle a fini par trouver une place particulière parmi les règles qui gouvernent le droit des contrats, dans la jurisprudence, les lois spéciales, et aujourd'hui dans le droit commun des contrats.

110. Codification de l'obligation d'information. Centrale en droit des contrats d'affaires, l'obligation d'information consacrée par la jurisprudence au XX^e siècle a tout d'abord été codifiée dans les lois spéciales²⁴⁵, à l'article L.330-3 du Code de commerce par la loi Doubin du 31 décembre 1989 qui impose une obligation d'information préalable dans les contrats de distribution et d'autres contrats d'affaires. Dans la continuité, le législateur français y ajoute désormais un texte de portée générale qui consacre cette obligation à travers les dispositions des articles 1112-1 et 1112-2 du Code civil qui complètent le dispositif de droit spécial. Au regard de leur généralité, elles incluent dans leurs champs d'application les contrats d'affaires et se superposent aux dispositions spéciales. L'article 1112-1 prévoit à son alinéa premier que « *celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* ». Ainsi, en codifiant et en étendant l'obligation d'information dans tout et à tous les contrats²⁴⁶ ; mais aussi à tout type de contractant, le droit français se démarque du droit sénégalais et du droit américain. En effet, ces deux systèmes n'ont prévu aucun texte de droit commun codifiant et généralisant l'obligation

et dans la détermination de son contenu ». D. MAZEAUD, « Droit commun du contrat et droit de la consommation, Nouvelles frontières ? », in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.697.

²⁴⁴ M. FABRE-MAGNAN, *Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats*, thèse droit, Paris, LGDJ, 1992, préf. J. Ghestin ; M. FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », JCP G, 2016 ; Y. BOYER, *L'obligation de renseignement dans la formation du contrat*, thèse droit, Aix-en-Provence, 1977 ; P. LE TOURNEAU, « Les professionnels ont-ils du cœur ? », Dalloz 1990, Chron. 21 ; G. VINEY, *Traité de droit civil : La responsabilité : condition*, J Ghestin (dir.), t. 4, LGDJ, 1982, n° 503.

²⁴⁵ J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., n° 462 ;

²⁴⁶ P. MAULAIRE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 9^{ème} éd., LGDJ Lextenso, p. 422.

d'information précontractuelle ou contractuelle, en considérant que le manquement à celle-ci ne constitue une cause directe de nullité du contrat que lorsqu'il est constitutif d'un dol et d'un *fraudulent misrepresentation*. Le droit américain a longtemps considéré que le partage d'information, même celle qui revêt un caractère important, n'est pas une obligation qui pèse sur le contractant.

Par conséquent, en droit français, lorsqu'une dissymétrie d'informations est constatée, pouvant entraîner un déséquilibre contractuel, une information claire et précise, complète et loyale est due par le débiteur de l'information pour un consentement intègre, libre et réel²⁴⁷. Nous pensons qu'il ne serait pas excessif de considérer au regard de ses observations, que l'obligation générale d'information, en plus d'être une obligation juridique, elle est aussi un devoir empreint de moralité, dès lors que les critères requis sont remplis : une ignorance légitime de l'information ou la confiance légitime à l'égard de son cocontractant²⁴⁸.

111. Une obligation d'information moralisatrice désormais autonome issue de l'exigence de bonne foi contractuelle. Malgré les contraintes qu'elle impose, l'obligation d'information précontractuelle²⁴⁹ ou contractuelle²⁵⁰ est un instrument au service d'un meilleur encadrement de l'expression de la volonté et d'une meilleure prise en compte des risques d'altération du consentement ou d'exécution du contrat. Grâce aux exigences de la bonne foi, elle impose aux parties, la communication des informations à leur connaissance et qui sont déterminantes pour le consentement de l'autre. Dans un récent arrêt rendu le 14 mai 2025, la Chambre commerciale de la Cour de cassation apporte des précisions sur l'étendue de l'obligation d'information précontractuelle prévue à l'article 1112-1 du Code civil²⁵¹. Ainsi,

²⁴⁷ J. GHESTIN, *op. cit.*, not. 88, p. 51 et s.

²⁴⁸ Ces critères apparaissent à l'article 1112-1 alinéa 1 du Code civil qui dispose que : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son contractant ».

²⁴⁹ La définition de l'obligation d'information précontractuelle proposée par le Professeur J. Ghestin est celle de la « partie qui connaissait, ou qui devait connaître, en raison spécialement de sa qualification professionnelle, un fait, dont elle savait l'importance déterminante pour l'autre contractant, est tenue d'en informer celui-ci, dès l'instant qu'il était dans l'impossibilité de se renseigner lui-même ou qu'il pouvait légitimement faire confiance à son cocontractant, en raison de la nature du contrat, de la qualité des parties, ou des informations inexactes que ce dernier lui avait fournies ». L'esprit de cette définition a été repris par le nouvel article 1112-1 du Code civil. V. J. GHESTIN, « L'obligation précontractuelle de renseignement en droit français », in *Le contrat aujourd'hui : comparaison franco-anglaise*, LGDJ, 1987, p. 182.

²⁵⁰ L'obligation d'information est de nature contractuelle dès lors que le contrat est conclu. Cette obligation consiste à transmettre à son cocontractant des informations qui lui permettront « une pleine satisfaction de l'exécution du contrat ». V. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Coll. Thémis, 4^{ème} éd., n° 40, p. 497.

²⁵¹ En précisant l'étendue du contenu du devoir d'information précontractuelle, la Cour de cassation dans son arrêt rendu le 14 mai 2025 qui réécrit un peu le texte de l'article 1112-1 du Code civil, soutient que : « le devoir d'information précontractuelle ne porte QUE sur les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties, ET dont l'importance est déterminante pour le consentement de celui

l'obligation d'information est, en droit contemporain, « *l'une des manifestations les plus éclatantes du devoir imposé à chaque contractant de sortir de son intérêt égoïste, et de contribuer, bon gré ou mal gré, à celui de son partenaire* »²⁵². La légitimité morale de l'expansion de l'obligation d'information se justifie d'une part, par le besoin de pallier l'inégalité qui existe *de facto* dans les contrats dits de partenariat, et d'autre part, le besoin d'assurer la transparence du marché marqué par la pratique des contrats d'adhésion. En théorie, elle est empreinte de préoccupations morales. Et en pratique, elle permet de corriger les inégalités entre les parties au contrat, en dissipant les comportements trompeurs et malhonnêtes. La Cour de cassation a eu l'occasion dans un récent arrêt de rappeler que la faute dolosive ne peut pas primer sur la négligence du cessionnaire professionnel de l'obligation renforcée de se renseigner. Dans son arrêt rendu le 18 septembre 2024²⁵³, la Cour de cassation renforce la loyauté de transparence précontractuelle en précisant que la réticence dolosive du cédant peut être constituée, même si un devoir de se renseigner pèse sur le cessionnaire en raison notamment de son expérience et ses projets.

112. Illustration de l'utilisation de l'obligation d'information comme règle de moralisation dans les contrats de distribution. En matière de contrat de partenariat, le droit de la distribution est l'une des premières branches du droit à avoir disposé d'un texte spécial. En vertu de ce texte, une obligation d'information prévue aux articles L. 330-3²⁵⁴ et R. 330-1 du Code de commerce, anciennement article 1^{er} la loi Doubin du 31 décembre 1989, pèse sur les franchiseurs. Il ressort de ces dispositions une philosophie éthique qui prône un équilibre d'information pour mettre à situation égale la partie souvent réputée être en position de faiblesse ou moins avertie. Avec l'adoption de la loi, les franchiseurs qui n'étaient jusqu'alors tenus d'aucune obligation d'information à l'égard de leurs futurs partenaires se retrouvent, en

qui devait le recevoir ». Sur la base d'une appréciation restrictive de la notion d'information déterminante tirée de l'article 1112-1 alinéa 3 du Code civil, la Cour de cassation dans sa solution adoptée, laquelle s'inscrit dans la continuité de l'utilisation de cette obligation comme outil de moralisation des contrats d'affaires, limite son champ. Elle précise, en effet, que celle-ci ne comprend que les informations qui, à la fois, sont non seulement connues d'une partie, légitimement ignorées par l'autre, à moins que celle-ci ne fasse confiance à son cocontractant, et d'une importance déterminante pour le consentement de cette autre partie, mais également ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat et la qualité des parties.

²⁵² M. FABRE-MAGNAN, *op. cit. supra*, p. 48 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *op. cit.*, p. 706.

²⁵³ Cass. com. , 18 septembre 2024, n° 23-10.183, *Revue Lamy Droit civil*, n° 231, déc. 2024, note S. BARRY.

²⁵⁴ « Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause. [...] Le document [...] ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours minimums avant la signature du contrat [...] ».

pratique, dans l'obligation de fournir un certain nombre de documents d'informations précontractuelles. Un texte clair dans son principe et ses objectifs, la loi Doubin crée donc un premier cadre de moralisation dans le secteur de la franchise²⁵⁵, mais aussi plus largement dans le secteur du commerce associé aux contrats de distribution. En effet, ce qui fait de cette loi un instrument de moralisation, c'est non seulement le fondement du dispositif qui repose principalement sur l'asymétrie d'information qui peut exister entre les parties, mais aussi l'ignorance légitime d'un des contractants. Ainsi, il est mis à la charge du franchiseur une obligation de transmettre au franchisé des informations qui ont un caractère sincère²⁵⁶. Cette obligation de sincérité est une manifestation de l'obligation de bonne foi qui impose également au franchisé un comportement loyal quant à la transmission des informations qui le concernent. L'annexe 11 de l'article 4 du Code de la déontologie européen de la franchise en fait état. Il dispose que « *le futur franchisé se doit d'être loyal quant aux informations qu'il fournit au franchiseur sur son expérience, ses capacités financières, sa formation, en vue d'être sélectionné* ». Il est possible de soutenir que c'est une exigence morale qui est prise en compte.

113. Illustration jurisprudentielle. Il est désormais connu que le franchiseur, en transmettant les informations, doit prendre en compte les attentes du franchisé et fournir des informations sincères. À ce titre, les juges ont commencé à sanctionner en pratique les comportements inverses. La Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 13 septembre 2017, a ainsi rappelé que « *si les comptes provisionnels ne figurent pas dans les éléments devant se trouver dans le document d'information précontractuelle, ils doivent, lorsqu'ils sont communiqués, présenter un caractère sérieux* »²⁵⁷. Il est heureux que la jurisprudence ait intégré l'obligation de fournir des informations sincères, laquelle est fondée sur l'exigence de contracter de bonne foi²⁵⁸ dans les relations de partenariat. Elle constitue ainsi une règle morale d'appréciation du comportement d'une partie vis-à-vis de l'autre. La Cour d'appel de Paris ajoute dans sa décision rendue le 23 mai 2018 que ces documents ne présenteront pas un caractère sérieux pour la jurisprudence si « *les comptes prévisionnels fournis par le franchiseur se sont révélés grossièrement irréalistes* »²⁵⁹. Une importante

²⁵⁵ G. VIRAMASSY, « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin », JCP E, 1990, I, 15809.

²⁵⁶ C. com., art., L. 330-1 al. 1^{er} : Dans la phase précontractuelle, le franchiseur est tenu « *de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permettent de s'engager en connaissance de cause* ».

²⁵⁷ Ch. com., 13 sept. 2017, n° 15-19.740.

²⁵⁸ CA Metz, 20 juin 2023, n° 22.0668.

²⁵⁹ Paris, pôle 5, ch. 4, 23 mai 2018, n° 16/07307. La Chambre commerciale de la Cour de cassation retient presque la même solution dans un arrêt du 10 juin 2020, n° 18-21.536. Pour la Cour « *lorsque le franchiseur, qui n'est pas légalement tenu de le faire, remet au franchisé un compte d'exploitation prévisionnel, ce document doit être sincère et vérifiable (...)* » et « *que les comptes provisionnels, élaborés sur la base de données erronées et non*

précision sera également apportée par la Cour de cassation dans son arrêt rendu le 26 juin 2024²⁶⁰ en étendant le périmètre de contrôle du vice du consentement. Elle relève que la sincérité des informations communiquées contenues au sein du DIP n'exclut pas nécessairement le vice du consentement pour dol. Ainsi, lorsque le franchiseur, qui garde intentionnellement le silence sur les procédures collectives en cours, informe le franchisé après la remise du DIP, mais avant la signature du contrat, il commet un dol. Il est toujours tenu à une obligation précontractuelle d'information.

114. À la lumière des analyses qui précèdent, il est possible de soutenir que l'obligation d'information précontractuelle de droit commun et du droit spécial doit être considérée comme un outil de moralisation des contrats d'affaires sur le fondement implicite de la bonne foi en vue de la défense des intérêts communs des parties. On doit donc relever à première vue qu'en pratique, une obligation de vigilance s'impose au franchiseur afin qu'il fournisse des comptes provisionnels sincères. En effet, ce sont ces comptes provisionnels qui seront vérifiés par le juge en cas de difficulté d'exécution du contrat par le franchisé afin d'apprécier une éventuelle responsabilité²⁶¹. Ainsi, à notre sens, l'obligation d'information permet, par l'énonciation d'une règle d'équilibre contractuelle, d'opposer un espace de contrainte pour atténuer l'hégémonie de l'autonomie de la volonté. Mais elle n'est pas la seule à jouer ce rôle. L'abus de dépendance sert également les mêmes objectifs sur le fondement de la bonne foi.

B- Abus de dépendance, moralisation et bonne foi

115. L'émergence de la prohibition de l'abus de dépendance en droit spécial. « *En matière civile comme en matière commerciale (...), il faut de la réciprocité et de l'égalité dans les contrats* »²⁶², disait Portalis. L'abus de puissance ou de position dans les relations contractuelles est aujourd'hui un problème commun à tout système juridique. Son contrôle est très vite apparu comme un impératif en droit français afin de discipliner le comportement des acteurs économiques

significatives communiquées par la société (...) sans qu'elle en ait vérifié la cohérence, se sont révélés exagérément optimistes et que l'écart entre ces prévisions et les chiffres réalisés a dépassé la marge d'erreur inhérente à toute donnée prévisionnelle (...)». ; Adde Ch. com., C. cass., 1^{er} décembre 2021, n° 18-26.572 : sur en partie le caractère sincère et véritable du compte d'exploitation communiqué au franchisé.

²⁶⁰ Cass. com., 26 juin 2024, Pourvoi n° 23-14.085.

²⁶¹ V° Cass. com., 6 septembre 2023, n° 21-22.493. La Cour de cassation dans sa décision a estimé que le franchisé avait contracté en parfaite connaissance de cause et n'avait pas démontré avoir été victime d'une erreur, parce que « *bénéficiait d'une expérience en matière commerciale et était informé de l'unique faiblesse du projet, ainsi que de ce que les projections de résultat conduisaient à l'hypothèse d'une viabilité de celui-ci* ».

²⁶² J.-E.-M. PORTALIS, *Écrits et discours juridiques et philosophiques*, PUAM, 1988, p.56.

sur le marché. Cela a conduit le droit de la concurrence à s'intéresser ces dernières années à la « *moralisation des pratiques commerciales* »²⁶³.

116. Dans les contrats d'affaires, à l'exemple du contrat de distribution qualifiée de « contrat de dépendance »²⁶⁴, tout opérateur économique cherche à tirer un profit maximal de son investissement. Pour atténuer les inégalités dans ce secteur propice aux abus de dépendance, la jurisprudence a fait des contrats de distribution le domaine de référence de l'émergence de la défense des libertés fondamentales. En effet, le contrôle de l'abus de dépendance économique figure au sein du droit positif français depuis l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Le droit de la concurrence s'assigne particulièrement comme objectif spécifique : la défense de l'intérêt collectif spécial, sous l'influence de la réalité des abus qui se développent sur le marché économique. Il poursuit également un autre objectif, notamment la défense des intérêts particuliers des contractants professionnels en position de faiblesse, et ce, en sanctionnant sur le fondement de l'article L.442-6 du Code de commerce, les atteintes économiques subies individuellement²⁶⁵.

Dans cet ordre d'idée, c'est sans doute dans un objectif d'exiger à l'une des parties, de prendre en compte l'intérêt de l'autre partie, que des exigences morales de comportement ont été introduites dans le processus de contrôle de l'abus de dépendance économique.

117. L'abus de dépendance sera défini par J. Rovinski dans sa thèse publiée en 1987 comme « *l'exploitation abusive par un contractant dominant d'un état de supériorité intellectuelle lors de la négociation, caractérisée par des pressions matérielles ou psychologiques atteignant le consentement du contraint dans son élément de liberté d'une manière suffisamment forte pour justifier l'annulation d'un contrat déséquilibré qui en est résulté, générateur d'avantages injustifiés en faveur du contractant dominant* »²⁶⁶. En s'appuyant sur cette définition, avant la célèbre décision Larousse Bordas rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 3 avril 2002²⁶⁷, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 30 mai 2000, a consacré, dans son principe, l'abus de dépendance économique qu'elle rattache

²⁶³ C'est d'ailleurs ce qui est ressorti de l'intitulé du Titre I de la Partie II, de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux Nouvelles Régulations Économiques du 15 mai 2001 (dite NRE).

²⁶⁴ G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance (Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique)*, t. 190, LGDJ, 1986.

²⁶⁵ I. BENEIX, « L'influence prétorienne du vice de violence économique en droit privé », LPA, 25 août 2006.

²⁶⁶ J. ROVINSKI, *Le vice contractuel de violence dans le droit moderne des contrats*, thèse droit, Aix-en-Provence, 1987, spéc. n°133, p.225 et n° 180, p.387.

²⁶⁷ Dans cet arrêt, la haute juridiction a pu soutenir que « *l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique faite pour tirer profit de la crainte menaçant directement les intérêts légitimes de la personne peut vicier de violence le consentement* ».

à la violence et le détache de la lésion. Nous pouvons constater que le contrat étant une finalité commune, c'est donc l'individualisme, voire l'égoïsme qui est ici sanctionné par la technique de contrôle de l'abus. Toutefois, il faut souligner que l'inégalité étant inhérente dans les relations d'affaires, la dépendance n'est pas illégitime en elle-même et c'est donc le comportement fautif qui sera sanctionné. Ainsi, en l'absence d'abus de la situation de dépendance, il n'y a pas de violence. Plusieurs décisions ont rappelé cette règle, notamment celle rendue récemment par la Chambre commerciale, financière et économique en date du 10 juillet 2024²⁶⁸.

118. L'abus : une faute de comportement sanctionnée sur le fondement de l'exigence de la bonne foi. L'abus qui est assimilé à une faute de comportement correspond aux exigences de la bonne foi, lorsqu'il est invoqué pour limiter l'exploitation abusive de la position de faiblesse du cocontractant. La jurisprudence avait déjà précisé, dans un arrêt rendu le 15 janvier 2002²⁶⁹, par une appréciation *in concreto*, que « *lorsqu'un des contractants est investi d'un pouvoir unilatéral (...), il doit user de ses prérogatives conformément à l'exigence de bonne foi, c'est-à-dire sans commettre d'abus (...)* »²⁷⁰. Elle poursuit pour retenir que l'abus « *est caractérisé sur le constat que, dans une conjoncture difficile, le fournisseur a imposé des sacrifices à son partenaire mal en point, alors qu'il continuait, lui, à faire des profits* »²⁷¹. À notre sens, cette solution, en exigeant un comportement altruiste, consacre un devoir de prise en compte de l'intérêt de son cocontractant.

119. La relativité de l'efficacité de la sanction de l'abus de dépendance par les règles du droit spécial. La règle de contrôle de l'abus de l'article L. 442-6 du Code de commerce est demeurée peu utilisée du fait de l'interprétation stricte de ses conditions d'application par la jurisprudence et de la difficulté à apporter la preuve qu'un tel comportement affecte ou risque d'affecter la concurrence. De surcroît, par peur de faire face à des représailles économiques²⁷², les victimes d'abus de dépendance étaient peu motivées à engager une action en justice. Mais pour plus de simplification et de précision, et dans l'objectif de contrôler le contenu des conventions conclues entre professionnels, le législateur français a pris en compte les critiques doctrinales et

²⁶⁸ Cass. com. éco. et fin., 10 juillet 2024, pourvoi n° 22-21.947.

²⁶⁹ Cass. com. 15 janvier 2002, pourvoi n° 99-21.172, note C. Jamin, JCP 2002, II, 10157.

²⁷⁰ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *op. cit.* spéc. p. 613.

²⁷¹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? », note in Cass. com. 15 janvier 2002, pourvoi n° 99-21.172, Juris-Data n° 2002-012712, Dalloz 2002, p. 1974, spéc. n° 2.

²⁷² J.-Y. LE DÉAUT, « Rapport sur l'évolution de la distribution : de la coopération à la domination commerciale », Doc. AN 2000, 476 p., spéc. p. 121. « *L'intérêt d'un fournisseur en état de dépendance économique étant de conserver l'accès au marché, il n'agira pas tant qu'il garde espoir de retrouver un accès au marché ou tant que sa situation économique n'est pas définitivement compromise* ».

l'évolution jurisprudentielle. Nous avons assisté à une refonte en profondeur de l'article L.442-6 du Code de commerce grâce à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant réforme du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

120. Désormais pour la sanction civile des pratiques abusives, il conviendra de se référer au nouvel article L.442-1 I-1 du Code de commerce. Il dispose qu'« *engage la responsabilité de son auteur (...)* » le fait « *d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie* ». C'est l'exemple de la relation fournisseur-distributeur, où le fournisseur se voit contraint par le distributeur à participer aux frais de publicité et de promotion. En outre, l'article L. 442-1 I - 2° vise le fait « *de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». C'est le cas du fournisseur qui fait payer au candidat au contrat de distribution pour que ce dernier puisse participer à une négociation commerciale. Dès lors que, par principe, les négociations doivent être libres, cela exclut toute situation de dépendance pendant les négociations. Par conséquent, le candidat à un contrat de distribution qui fait l'objet de contrainte ou de violence est privé de tout consentement libre. Ainsi, en raison de la situation de faiblesse de l'une des parties qui peut faire l'objet d'abus, le législateur français, pour moraliser le contrat, impose un comportement vertueux, loyal et juste au stade de la formation du contrat. Que l'abus de dépendance nous indigne montre que le « juste » symbolisé par l'équilibre, l'égalité ou l'équivalence des droits et obligations est une exigence dans les relations contractuelles. Toutefois, malgré les aménagements apportés aux règles de droit spécial, nous pensons que rien ne semble garantir, en raison notamment des contours flous et abstraits des éléments constitutifs de l'abus de dépendance, qu'elles puissent, sans controverse, produire les effets ou résultats attendus.

121. L'abus de dépendance, aujourd'hui sanctionné par le droit commun sur le fondement de la violence, vice du consentement. Avant sa codification dans le droit positif, la Cour de cassation avait admis dès 1887 dans le domaine de sauvetage de mer « *que l'engagement excessif souscrit par le capitaine d'un navire en péril pouvait être annulé sur le fondement de la violence* »²⁷³. La jurisprudence se souciait déjà depuis plusieurs siècles de la protection de celui qui est contraint d'accepter de contracter à des conditions désavantageuses du fait de sa situation de dépendance. Aujourd'hui, sous l'influence de la moralisation des rapports juridiques, le contrat

²⁷³ Cass. req., 27 avr. 1887 : S. 1887, 1, p. 372 ; DP 1888, 1, p. 263.

ne se limite plus au service d'un intérêt individualiste, il sert également un intérêt global et collectif. À cet égard, le nouvel article 1143 du Code civil issu de la réforme du droit des contrats, pour une meilleure protection de l'engagement des contractants, consacre une partie des solutions prétoriennes de l'abus de dépendance dans la section relative à la violence. Sa consécration par le droit commun, à côté des protections déjà offertes par les droits spéciaux, permet également d'obtenir réparation sur le fondement du vice de violence. L'objectif est de concilier liberté contractuelle et répartition équitable des ressources dans les relations d'affaires.

122. Le nouvel article 1143 du Code civil dispose qu'« *il y a également violence lorsqu'une partie abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ». À l'analyse des conditions de sa mise en œuvre, le législateur vient donc sanctionner à travers cette disposition l'absence de bonne foi dans la période de formation du contrat. En effet, il est tout à fait possible de penser que la raison d'être de cette disposition repose non pas sur la situation de dépendance du cocontractant, mais plutôt sur la qualité du consentement, instrument d'appréciation de l'autonomie de la volonté et de la force obligatoire du contrat.

123. L'esprit de l'article 1143 du Code civil se rapproche quasi naturellement de l'esprit des dispositions des articles L.442-6, I, 1° du Code de commerce à travers lequel le législateur prévoit qu'il y aura « *un avantage manifestement excessif* » lorsque l'avantage reçu sans contrepartie, ou avec une contrepartie par la partie auteur de l'abus sera « *manifestement disproportionné* ». Telles que ces dispositions sont conçues, elles seraient en parfait accord avec le mouvement de moralisation des contrats d'affaires. Ainsi, « *c'est bien chacune des parties, et non pas seulement la plus puissante, qui doit pouvoir tirer un bénéfice du contrat* »²⁷⁴, dans un environnement qui doit offrir à chaque partie la possibilité de satisfaire ses intérêts. Pour la jurisprudence, le professionnel doit se soumettre à ce devoir altruiste lorsqu'il « *doit tenir compte de l'ignorance de son cocontractant, de sa faiblesse, de son absence de compétence* »²⁷⁵. À notre sens, cela traduit l'idée d'un devoir moral d'entraide entre les parties, d'assistance mutuelle pour un contrat juste et équilibré. La Cour de cassation a, dans plusieurs de ses décisions, apprécié l'illégitimité de la contrainte au regard du principe de bonne foi contractuelle²⁷⁶.

²⁷⁴ Ch. JAMIN, « *Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction* », in Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 19.

²⁷⁵ CA Paris 22 avril 1980, Juris-data n° 433 ; Com. 28 octobre 1986, *Bull. civ.* IV, n° 195.

²⁷⁶ Cass. com. 21 janv. 1997, n° 92-22.034. Pour la cour lorsqu'on laisse « *au franchisé la liberté de négocier les prix selon la loi du marché sans souffrir une position dominante et arbitraire du franchiseur* » il ne peut être reproché à ce dernier d'avoir « *commis d'abus dans l'application de la clause d'approvisionnement exclusif* ».

124. À ce stade de l'analyse, il faut admettre que le choix fait par le législateur français de sanctionner l'abus de dépendance au titre de la violence, vice du consentement, ne semble pas être paradoxal comme le décrivent certains auteurs. En effet, contrairement à ce que certains auteurs prétendent, les conditions d'application posées par l'article 1143 du Code civil, même si celle d'« avantages manifestement excessifs » pose d'inévitables difficultés quant à son approche²⁷⁷, seraient plus adaptées sur le fondement de la violence pour appréhender l'abus de dépendance. En effet, le nouvel article 1140 du Code civil dispose qu'« *il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable* ». L'analyse de cette disposition démontre que la violence, telle que définie par ce texte, pourrait être compatible avec l'abus de dépendance sans pour autant altérer l'essence de la violence²⁷⁸ telle que conçue par le Code civil. Nous pensons que le choix fait par le législateur d'assimiler l'abus de dépendance à la violence n'est pas contraire à la lettre de l'article 1140 du Code civil, puisque cette disposition ne fait pas de distinction entre contraintes juridiques, économiques ou morales²⁷⁹. L'abus de dépendance est notamment caractérisé par la preuve d'une contrainte extérieure, qui est la situation de dépendance ou un comportement actif du contractant qui pousse la victime à donner son consentement afin d'éviter un mal qui pourrait lui être plus préjudiciable. Les exigences de la bonne foi, en plus de protéger le consentement de la partie faible, seraient également la gardienne « *de l'esprit du contrat et de sa pérennité* »²⁸⁰.

Sous-section 2 : La protection du contrat par la bonne foi

125. **Le principe de bonne foi et garantie du but commun du contrat.** La première obligation qui naît à la formation du contrat est celle d'exécuter les obligations sur le fondement de la loyauté²⁸¹. Les contrats doivent être exécutés de bonne foi, c'est-à-dire conformément à la volonté déclarée des parties et au regard du but commun recherché²⁸², lequel se concrétise

²⁷⁷ La Cour de cassation dans un récent arrêt rendu le 29 janvier 2025, pose un principe plutôt général en précisant que « dans un contrat synallagmatique, l'obtention d'un avantage manifestement excessif au sens des articles 1141 et 1143 du code civil doit s'apprécier aussi au regard des avantages obtenus par l'autre partie ». Par analogie à l'appréciation de la rescision pour lésion, la Cour rend également en compte l'économie générale du contrat pour apprécier l'abus de dépendance.

²⁷⁸ C. NOURISSAT, « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », D. 2000, p. 369.

²⁷⁹ Ph. DELEBECQUE, « La formation de la vente entre professionnel et consommateur », PJ. com., novembre 1997.

²⁸⁰ Ph. LE TOURNEAU, M. POUMARÈDE, *Répertoire de droit civil*, op. cit., n° 21.

²⁸¹ Ph. LE TOURNEAU, M. POUMARÈDE, op. cit. n° 89.

²⁸² BAUDRY-LACANTINERIE (G.), BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, Paris, Larose, 1897, t. I, p.319.

autour du devoir de loyauté et de collaboration. Le plus souvent, des difficultés naissent dans l'exécution du contrat, provoquées par une ambiguïté sur le sens et la portée de ses clauses.

126. Plan. La notion de bonne foi, envisagée comme une exigence de loyauté et d'honnêteté, fait apparaître lors de l'exécution du contrat deux lignes directrices majeures qui ont caractérisé sa réception par la doctrine, la jurisprudence et le droit positif. D'une part, il s'agit du rôle attribué à la bonne foi pour préserver l'économie du contrat (**A**). D'autre part, il s'agit du rôle attribué à la bonne foi pour garantir la pérennité du contrat (**B**).

A- La bonne foi au service de l'économie du contrat

127. Le principe d'interprétation de bonne foi par la rationalisation de la volonté des parties. Suivant la logique conceptuelle du contrat, lequel découle de la volonté conjointe des parties, il est du devoir du juge d'éclaircir son sens et sa portée lorsque les clauses qu'il contient sont obscures. Pour ce faire, il doit chercher à comprendre l'intention sous-jacente qui aurait été celle de négociants raisonnables²⁸³. Vouée au respect de la volonté des parties, la bonne foi dans son rôle subjectif, en plus d'être une norme comportementale, elle est également une directive d'interprétation des contrats utilisée pour déterminer la volonté commune des parties aux contrat. En effet, l'article 1188, alinéa 1 du Code civil, prévoit que « *le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes* ». Il poursuit en son alinéa 2 pour préciser que « *lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation* ». Cette disposition exprime l'objectif qui doit animer le juge lorsqu'il interprète le contrat d'affaires, qui est de toujours rechercher l'intention commune des parties²⁸⁴, c'est-à-dire l'économie du contrat. Il doit analyser de façon concrète le contrat comme voulu par les parties avec pour fondement le principe de la bonne foi²⁸⁵.

128. En effet, le juge doit donc prendre des initiatives pour appréhender les obligations essentielles du contrat, même si elles ne découlent pas directement de la lettre du contrat. En effet, pour le Professeur D. Mazeaud « *les contractants ne peuvent plus se confiner égoïstement dans la lettre du contrat ; ils doivent en pénétrer l'esprit et s'en inspirer pour répondre le plus parfaitement possible aux attentes légitimes de leur partenaire* »²⁸⁶. Ainsi, conformément au

²⁸³ Cass. civ. 3^e, 18 juillet 1985, n° 84-13.259, Bull., III, n° 113, RTD civ., 1986, p. 599, obs. J. MESTRE.

²⁸⁴ T. IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », JCP, G, 1981, I, 3023.

²⁸⁵ E. HOUSSARD, « L'économie du contrat », *Revue juridique de l'Ouest* 7, n° 49 et s.

²⁸⁶ D. MAZEAUD, note sous Cass. civ. 1^{er}, 11 juin 1996, n° 94-18.250, Defrénois 1996, n°98.

principe de bonne foi, lorsque cette dernière l'exige, il est tout à fait logique au regard de la morale contractuelle, de faire prévaloir l'esprit du contrat sur sa lettre.

129. Contrairement au droit des contrats américain, où « *être de bonne foi suppose de s'en tenir strictement à la lettre du contrat* », en droit positif français, « *la tendance est d'empêcher les parties de se réfugier derrière la lettre du contrat pour échapper à son esprit* »²⁸⁷. Cette exigence se retrouve également dans les principes directeurs du droit européen du contrat à son article 5 : 101 qui dispose que « *le contrat s'interprète selon la commune intention des parties, même si cette interprétation s'écarte de la lettre* ». L'enjeu socio-économique des contrats d'affaires justifie cette approche. Il serait en effet réducteur de limiter la recherche de l'intention réelle des parties à la lettre du contrat, ce qui pourrait trahir les intérêts légitimes qui ont motivé leur engagement contractuel.

130. La recherche de la foi du contrat par l'interprétation subjective. La recherche de l'intention réelle des parties au-delà des stipulations contractuelles ne fait donc aucun doute. Le législateur met à l'attention du juge du fond un certain nombre de directives d'interprétation des stipulations contractuelles, dont quelques-unes portent sur l'interprétation subjective. On retrouve principalement ce versant d'interprétation subjective²⁸⁸ du contrat à l'article 1188, alinéa 1^{er} du Code civil. Cette recherche du véritable sens du contrat scellé par les parties passe impérativement par l'interprétation de son contenu dès lors qu'il paraît être confus.

131. Pour cette raison, la bonne foi, au regard de ses exigences morales, commande au juge, devant un contrat obscur ou ambigu, de se fonder sur les éléments matériels présents au contrat pour rechercher « la foi du contrat »²⁸⁹, c'est-à-dire l'esprit du contrat qui est manifesté par les déclarations de volontés des parties qui fondent leurs attentes légitimes. En droit interne français, la bonne foi en tant que règle de moralisation du contrat constitue une directive d'interprétation sur laquelle s'appuient souvent les juges²⁹⁰.

132. Illustration jurisprudentielle. La Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 30 janvier 2019, n'a pas raté l'occasion qui lui a été offerte pour rappeler au juge du fond cette

²⁸⁷ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, op. cit. n° 85.

²⁸⁸ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2016, n° 501, p. 420.

²⁸⁹ B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Nouvelle Bibliothèque de Thèse, Dalloz, 2001, p. 98.

²⁹⁰ Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu le 21 mai 1999, le juge interprète une clause d'un contrat de cautionnement bancaire au visa des anciens articles 1134 al. 3 et 1135 du Code civil. (Paris, 21 mai 1999, JCP 2000. I. 272, n° 8, obs. Rochfeld.

règle d'interprétation du contrat. Dans une affaire de cession d'actifs successoraux d'une société, les parties avaient convenu qu'en cas de vente des actions, le cédant devrait verser au bénéficiaire désigné dans la succession un certain montant. Le calcul du montant devait être fait sur la base de la clause prévue par les parties contenant la mention « *le tout net de la fiscalité sur la plus-value* ». Dans leur travail d'interprétation, les juges du fond considèrent qu'il n'y a pas d'ambiguïté sur la clause. Cette dernière signifiait que le calcul du montant devait se faire sans prendre en compte la fiscalité sur les plus-values. La Cour de cassation au visa de l'ancien article 1134 du Code civil censure les juges du fond de n'avoir pas recherché la commune intention des parties aux motifs « *que la clause pouvait aussi signifier (...) que la fiscalité sur la plus-value devait être déduite de la partie de la plus-value à verser, de sorte qu'elle présentait un caractère ambigu nécessitant une interprétation* »²⁹¹. La première règle d'interprétation à appliquer par le juge, si le sens des stipulations contractuelles s'avère ambigu, consiste à déterminer l'intention commune des parties.

133. Volonté réelle ou volonté déclarée ? Contrairement au droit américain, qui limite l'interprétation d'un contrat aux termes de celui-ci, le droit positif français, à l'article 1188, alinéa 1er, du Code civil, réaffirme le choix du législateur, qui avait déjà été opéré dans l'ancien article 1156, de privilégier la volonté réelle sur celle exprimée par écrit. Parmi les éléments pertinents à prendre en compte pour déceler la commune intention des parties, nous pouvons notamment citer les circonstances de la conclusion du contrat, les usages, le comportement des parties, même ultérieur,²⁹² et même les éléments tirés de la négociation qui a précédé la conclusion du contrat²⁹³. Un ensemble de faisceaux d'indices qui se rapportent à la recherche de la normalité. Dans cette optique, la moralisation du contrat, par le biais de l'interprétation subjective, consiste à rechercher ce qui semble juste parce que, lorsque la volonté réelle ne coïncide pas avec la volonté déclarée, cette dernière s'efface en faveur du sens réel que les parties ont voulu donner au contrat. À notre sens, cette démarche accentue l'importance accordée au comportement des parties.

²⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2019, n° 18-10.796, Revue des contrats, n° 2, Lextenso, 4 juin 2019, obs. Y.-M. Lathier.

²⁹² V. not. Com. 4 mars 1997, n° 95-10.507, Bull. civ. IV, n° 61. ; Civ. 1^{re}, 13 déc. 1988, n° 86-19.068, Bull. civ. I, n° 352.

²⁹³ Cass. civ. 1^{re}, 18 fév. 1986, n° 84-12.347, Bull. civ. I, n° 31.

134. Ainsi, pour faciliter la tâche au juge dans l'identification de la commune intention des parties, le législateur prévoit deux autres dispositions : les articles 1191²⁹⁴ et 1189²⁹⁵ du Code civil. Ces dispositions suivent la directive d'interprétation de principe imposée au juge par l'article 1188, alinéa 1^{er} du Code civil, lequel exige qu'il recherche en priorité la commune intention des parties²⁹⁶. Toutefois, cette disposition n'étant pas d'ordre public, les parties au contrat peuvent encadrer conventionnellement la recherche de leur commune intention, notamment avec la clause d'intégralité qui est empreinte de moralité contractuelle.

135. La valeur morale de la clause d'intégralité imposant aux parties d'agir de bonne foi et limitant les prérogatives du juge dans la recherche de la commune intention.

La « clause d'intégralité » dite des « quatre coins »²⁹⁷ se singularise par sa finalité. Elle permet aux parties de se soustraire des engagements pris lors des négociations. Le Professeur G. Cornu la définit dans le dictionnaire juridique comme une « *clause incluse dans les contrats d'affaires qui précise que l'accord signé par les parties renferme l'intégralité de leurs obligations, en sorte qu'il ne peut être ajouté au contrat en prenant en compte les documents échangés durant la période des négociations* »²⁹⁸. Consacrée par les Principes du droit européen des contrats (art. 2 : 105)²⁹⁹ et les Principes Unidroit (art. 2.7.17)³⁰⁰, et reconnue en droit américain lorsqu'elle est raisonnable, elle permet aux parties d'encadrer leurs engagements et de limiter leurs droits et obligations dans l'*instrumentum* signé. Très utilisée en pratique, la clause d'intégralité est source de sécurité juridique pour les parties. Elle leur offre, dans un contrat d'affaires, la possibilité d'exclure de celui-ci toute nouvelle obligation découverte à partir

²⁹⁴ Article 1191 du Code civil : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui fait produire aucun ».

²⁹⁵ Article 1189 du Code civil : « 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. Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci ».

²⁹⁶ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 451, p. 454 s.

²⁹⁷ J. MESTRE (dir.), F. BUY, M. LAMOUREUX, J. HEINICH, J.-C. RODA, *Les principales clauses dans les contrats d'affaires*, op. cit.

²⁹⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, op. cit., V° en ce sens « clause d'intégralité », p. 179.

²⁹⁹ « Si un contrat écrit contient une clause qui a été l'objet d'une négociation individuelle aux termes de laquelle l'écrit renferme toutes les conditions convenues (clause d'intégralité), les déclarations, engagements ou accords antérieurs que ne renferme pas l'écrit n'entrent pas dans le contenu du contrat. » (Article 2 :107 (1)).

³⁰⁰ « Le contrat écrit qui contient une clause stipulant que le document renferme toutes les conditions dont les parties sont convenues ne peut être contredit ou complété par la preuve de déclarations ou d'accords antérieurs (...) » (article 2.1.17).

d'éléments antérieurs ou postérieurs au contenu définitif du contrat signé. Les parties sont soucieuses de « voir dans le contrat la seule expression de leur engagement »³⁰¹.

136. Il faut relever que la jurisprudence française est peu disert sur la portée et le champ d'application de la « clause d'intégralité », mais l'admet dans son principe. La Cour de cassation, tout d'abord dans un arrêt du 3 avril 2002³⁰², ensuite dans un arrêt du 21 avril 2022,³⁰³ a reconnu sa validité pour faire obstacle à la reconnaissance du « Business plan synergies » comme ayant une valeur contractuelle au visa des anciens articles 1134 et 1135 du Code civil (nouveaux articles 1103, 1014 et 1194). Pour la Cour, « *il n'est pas établi que l'exclusion du BPS du champ contractuel soit contraire à la commune intention des parties* ». En matière de contrat d'affaires, les parties sont souvent soucieuses de s'en tenir au seul instrumentum, ce qui fait de la « clause d'intégralité », un outil qui pourrait se révéler efficace pour assurer la sécurité juridique du contrat. Mais sa portée quant à la limitation du champ d'interprétation du contenu du contrat n'est pas pour autant absolue.

137. Les limites de la clause d'intégralité. Il résulte des textes précités des Principes de droit européen des contrats et des Principes Unidroit que la « clause d'intégralité » n'a pas pour effet d'exclure totalement les déclarations, accords et documents précontractuels dans l'interprétation du contenu contractuel. C'est une simple présomption, et il ressort de l'esprit de ces textes que la véritable intention des parties ne pourrait être contenue dans le seul *instrumentum* signé. Une telle clause visant à limiter le champ d'interprétation du contenu contractuel doit toutefois être conforme à l'article 1194 du Code civil, selon lequel les contrats « *obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* » et à l'article 1104 du Code civil en vertu duquel « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». Il serait difficile d'admettre que les parties puissent, par la « clause d'intégralité », interdire au juge de dégager dans son rôle d'interprétation du contenu contractuel, une obligation non expressément prévue dans l'*instrumentum*. Ainsi, sur le fondement de l'équité et de la bonne foi, l'efficacité de la « clause d'intégralité » paraît peu probable dès lors qu'elle ne peut avoir pour effet d'écarter la clause générale de bonne foi. Ces constatations confirment que la bonne foi est l'âme du contrat.

³⁰¹ E. RAWACH, « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat », Dalloz, 2001, p. 223.

³⁰² Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, 00-12.932.

³⁰³ Cass. com., 21 avril 2022, n° 20-20.421.

B- La bonne foi au service de la pérennité du contrat

138. L'interprétation de la finalité du contrat d'affaires pour préserver sa pérennité. Dans l'interprétation du contrat par le juge, tous les auteurs de la doctrine contemporaine n'ont pas limité le rôle de la bonne foi aux strictes recherches de la volonté commune des parties. Certains attribuent à la bonne foi un rôle différent. Lorsque la commune intention des parties est difficilement décelable, le juge pourrait tenter de sauver le contrat et le rendre opératoire par la méthode d'interprétation objective afin de lever le caractère équivoque de la stipulation contestée³⁰⁴. Le juge peut motiver ses décisions en se référant aux usages ou au standard du « raisonnable » afin de préserver la finalité poursuivie dans le contrat d'affaires et assurer sa pérennité. Il peut en effet s'affranchir de la volonté des parties et rechercher le but de la convention. Ainsi, la bonne exécution du contrat ne s'apprécie donc pas seulement au regard de la commune intention des parties. Le juge doit aussi porter son regard sur le but du contrat³⁰⁵. Ainsi, son rôle n'est pas limité à la seule interprétation du contrat au nom du rigoureux respect de l'intention des parties, comme l'aurait exigé le principe de la force obligatoire du contrat.

139. La méthode subsidiaire : l'interprétation objective favorisant l'utilité de l'opération contractuelle. Délignée de la recherche de la volonté réelle des parties, l'interprétation objective peut servir de secours au juge seulement lorsqu'il n'est pas en mesure de cerner la commune intention des parties par l'usage de la méthode d'interprétation subjective. Avec la réforme du droit des contrats, le nouvel article 1188, alinéa 2 du Code civil offre la possibilité au juge, lorsque la commune intention des parties ne peut être décelée, de se référer sur le sens que lui donnerait « *une personne raisonnable placée dans la même situation* »³⁰⁶. Cette disposition, avec l'introduction de la notion de « personne raisonnable », constitue une nouvelle référence d'interprétation du contrat qui invite les tribunaux à objectiver l'interprétation subjective. La référence à la notion de « personne raisonnable » qui remplace

³⁰⁴ C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, 1^{ère} partie, Conditions de formation, t. 3, 6^e éd., Paris, Economica, 2007, n° 141, p. 123.

³⁰⁵ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, op. cit., p. 8-9. Pour l'auteur « *les obligations s'exécutent conformément à l'intention des parties et au but en vue duquel elles ont été formées, ainsi qu'aux règles qu'implique une conduite honnête et loyale* ».

³⁰⁶ V. en ce sens CA Douai, 27 avr. 2017, n° 16/02790 : « *Attendu qu'interprétant la convention selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation et en faveur du débiteur de l'obligation, à savoir le propriétaire du fonds servant, la cour retiendra, tout comme les premiers juges, que la commune intention des parties, arrêtée dans l'acte de gré à gré du 4 décembre 1982, était bien de limiter dans le temps la servitude litigieuse* ».

l'expression traditionnelle de « bon père de famille » n'est pas sans lien avec la bonne foi³⁰⁷. Elle désigne « *un contractant moyen placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu* »³⁰⁸. Ce standard qui a des origines prétoriennes du droit américain, codifié par la réforme, constitue l'une des premières modifications apportées par le législateur dans la méthode des règles anciennes d'interprétation du contrat. C'est un principe d'interprétation subsidiaire qui aura vocation à s'appliquer seulement lorsque la volonté réelle des parties n'apparaît pas. En pratique, ce nouveau mécanisme se révélerait particulièrement utile et non négligeable pour les contrats d'affaires, dès lors qu'il peut participer au renforcement de leur efficacité économique et de leur pérennité, les principaux objectifs de ces contrats.

140. L'interprétation du contrat favorisant l'un des contractants. Le législateur français a fini par suivre la jurisprudence en posant le principe selon lequel les contrats d'adhésion et le contrat de gré à gré s'interprètent respectivement contre le rédacteur de l'acte et contre le créancier. La règle de cette interprétation *in favorem*, empreinte de moralité contractuelle, est posée à l'article 1190 du Code civil qui énonce que : « *dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* ». Au regard de la morale contractuelle, en cherchant ce qui est juste et raisonnable, c'est une interprétation équitable qui est prônée. L'objectif est de rétablir l'équilibre contractuel. Elle se fait en faveur de la partie présumée comme étant la plus faible dans la mesure où elle n'exerce aucune influence sur la rédaction des clauses non négociables. À titre d'exemple, le contrat de franchise qui est synallagmatique peut être considéré comme un contrat d'adhésion rédigé par le franchiseur. Avec une telle considération, l'article 1190 du Code civil est susceptible d'être appliqué dans l'interprétation des clauses et, en cas de doute, le juge interprète le contrat contre le franchiseur étant celui qui a proposé le contrat, et en faveur du franchisé³⁰⁹. Toutefois, l'article 1190 du Code civil ne sera efficace que lorsqu'il constitue une règle de droit à caractère d'ordre public. À défaut d'être une règle impérative, les parties peuvent prévoir des clauses pour écarter l'interprétation contre le contractant qui a proposé le contrat ou l'a rédigé.

³⁰⁷ V. en ce sens par exemple, L'article 1 :302 des Principes du droit européen des contrats, selon lequel « *doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel* ».

³⁰⁸ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*. 1- Contrat et engagement unilatéral, *op. cit.*, n° 500, p. 563.

³⁰⁹ V. en ce sens, Paris, Pôle 5, ch. 4, 25 sept. 2013, Juris-Data n° 2013-021028.

141. Cependant, le caractère objectif de la méthode d'interprétation posée par le juge devrait en toute logique reléguer cet article au rang de règle d'ordre public³¹⁰. En outre, lorsqu'on admet que le contenu des contrats d'adhésion n'est pas toujours issu de la commune intention des parties et que l'obscurité d'une stipulation contractuelle est l'œuvre de la volonté d'une seule partie, il paraît nécessaire de reconnaître un caractère impératif aux directives d'interprétation de l'article 1190 du Code civil³¹¹. En d'autres termes, celui-ci impose au juge de protéger l'adhérent qui n'a pas eu la possibilité de participer à la détermination du contenu des clauses non négociables et de faire peser les conséquences de leur ambiguïté sur celui qui les a proposées. Cette approche se rattache aux exigences de bonne foi qui imposent un comportement honnête. En effet, cette disposition a deux finalités. D'une part, d'exiger plus de clarté et de précision des clauses non négociables. D'autre part, de dissuader le contractant qui tenterait d'utiliser volontairement de l'ambiguïté³¹² dans les stipulations contractuelles.

142. La formule qui consiste à interpréter le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé a déjà été appliquée par certains juges du fond³¹³. La Haute juridiction en fait une régulière application dans plusieurs décisions³¹⁴ sur le fondement de l'ancien article 1162 du Code civil. Ainsi, face à cette jurisprudence constante clairement et solidement établie, il est permis de croire que le nouvel article 1190 du Code civil ne modifiera pas l'analyse du juge sur l'interprétation du contrat d'adhésion.

143. En somme, nous pouvons constater que l'interprétation objective, lorsqu'elle est faite en s'appuyant sur la logique du contrat, ou faite en faveur de l'une des parties au contrat, s'écarte de la recherche de la commune intention des parties. Toutefois, l'interprétation des contrats ayant pour objectif premier la recherche de la volonté des parties, le recours aux dispositions d'interprétation objective à l'exception de l'interprétation des contrats d'adhésion, serait subsidiaire lorsque, par les directives d'interprétation subjective, la commune intention des parties ne pouvait être décelée³¹⁵. En effet, dans les contrats d'adhésion, il n'existe pas *a*

³¹⁰ A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2016, n° 113e5, p. 384.

³¹¹ A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « L'interprétation des contrats d'adhésion », *RDC* 2019, n° 116a2, p. 146

³¹² L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français : conforme aux programmes officiels des facultés de droit mis au courant des lois, des décrets-lois, de la jurisprudence et de la doctrine*, 3^e éd, Sirey, 1939, n° 24, p.139.

³¹³ F.-X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G* 1993, doct. 3673.

³¹⁴ Cass. civ. 2^e, 3 juill. 2014, n° 13-22.418 ; Civ. 2^e, 1^{er} juin 2011, n° 09-72.552, *Bull. civ. II*, n° 126 ; *Dalloz actualité*, 20 juin 2011, obs. T. de Ravel d'Esclapon ; *Gaz. Pal.* 2012. 286, obs. D. Houtcieff ; *Defrénois* 2011. 1485, obs. J.-B. Seube.

³¹⁵ O. DESHAYES, « Les directives d'interprétation du Code civil : la cohérence des textes », *RDC* 2015, n° 111h5, p. 159.

priori une commune intention. Et pour que l'article 1190 du Code civil puisse revêtir un caractère subjectif, il convient de caractériser l'existence d'une commune intention des parties non décelable. Or, le contrat d'adhésion, tel que consacré dans le Code civil qui remet en cause l'analyse volontariste du contrat, révèle que ce n'est pas la commune intention des parties qui est la source du contenu de cette catégorie de contrat.

144. Conclusion de la section 2. Nous avons dressé une étude non exhaustive pour mettre en évidence le renforcement de la bonne foi par la réforme du droit des contrats comme principe protecteur du consentement et du contrat. La bonne foi considérée comme un outil d'interprétation s'oppose à l'interprétation de droit strict du contenu obligationnel. L'objectif d'une telle démarche sur le fondement de la bonne foi est d'insuffler une cohérence d'ensemble dans les relations contractuelles et une moralité de l'exécution du contrat. Tel est donc la finalité poursuivie dans le processus de moralisation des contrats d'affaires : faire de la bonne foi un support de protection de l'esprit du contrat.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

145. L'étude de la bonne foi en droit français a permis de constater qu'elle a une double finalité à travers les obligations qu'elles imposent aux contractants. Il s'agit, d'une part, de protéger le consentement des parties, et d'autre part, de protéger le contrat, le tout dans l'optique de rationaliser les relations d'affaires. Avec le renforcement de la place qui lui est accordée en droit des contrats, le constat aujourd'hui est celui de la moralisation des contrats d'affaires en droit positif français. La matière contractuelle connaît une mouvance imposant la prise en compte de l'intérêt légitime de chaque contractant. Le législateur français a donc trouvé, sur la bonne foi, l'outil de référence pour faire du contrat un terrain où se manifesteront certaines valeurs d'origine éthique, voir morale afin de tempérer les inégalités contractuelles et promouvoir un contrat équilibré ; mais aussi de faire régner l'efficacité économique du contrat et sa pérennité.

146. Il est vrai qu'en raison de la façon dont le contrat d'affaires se présente en pratique, le postulat sur lequel la conception classique le fait reposer n'est plus avéré. Les contrats d'affaires sont souvent le produit d'une volonté dominante, d'un rapport de force, en générale, d'inégalités qu'il a fallu corrigées. En droit positif français, la multiplication des mécanismes juridiques fondés sur le postulat inverse témoigne que la remise en cause de l'égalité des volontés des contractants est actée.

147. Le droit des contrats est donc conçu aujourd'hui de sorte à prendre en compte les valeurs qui ont toujours été protégées afin de permettre un équilibre sociétal. L'obligation d'information est imposée sur la base de la bonne foi, même si elle a acquis son autonomie dans les récentes révisions du Code civil, et l'abus de dépendance est désormais sanctionné pour protéger l'intégrité du consentement. De plus, la bonne foi est un outil pour le juge qui lui permet d'interpréter le contrat. L'efficacité de la sanction de la bonne foi permet de rentabiliser davantage les contrats d'affaires, mais celle-ci est à relativiser.

148. L'autonomie relative de la sanction du manquement à la bonne foi. Il faut enfin noter que l'efficacité de la sanction au manquement à la bonne foi est subordonnée à la mise en œuvre des sanctions de la violation des règles qui gouvernent la formation ou l'exécution du contrat, à l'exemple du manquement à l'obligation d'information, de l'abus de dépendance, ou du dol. Nous pensons que, dès lors que la bonne foi est consacrée de façon autonome à l'article 1104 du Code civil comme principe général du contrat, elle doit *a priori* avoir sa propre sanction, sans subordonner son efficacité à des règles spécifiques à la formation du contrat. Pour une plus grande efficacité de la sanction au manquement à la bonne foi contractuelle, elle pourrait trouver à s'appliquer même dans les cas où les éléments constitutifs de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle pour manquement à l'obligation d'information ou d'un vice du consentement ne sont pas remplis³¹⁶. Toutefois, il est vrai qu'il n'est pas sûr, lorsqu'une autonomie sera accordée à la sanction au manquement à la bonne foi, qu'il ait la même nature selon que l'on se trouve au moment de la formation du contrat ou de son exécution. Mais nous pensons que, lorsqu'il est possible de préserver la relation contractuelle, il serait plus logique, au regard de la place importante occupée par les considérations d'ordre économique dans les contrats d'affaires, de sanctionner le manquement à la bonne foi par le versement de dommages-intérêts afin de rééquilibrer les droits et obligations des parties. Rien ne semble aussi interdire aux parties de prévoir des aménagements contractuels pour sanctionner le manquement à la bonne foi en l'érigeant en cause autonome de sanction pour priver au contractant fautif, notamment l'usage de prérogatives qui découlent du contrat.

³¹⁶ L. BOTTIN, « L'efficacité des sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle », in F. MECHBAL et V. MOREAU (dir.), *L'efficacité du droit et des politiques publiques*, Université Côte d'Azur, 2022.

Chapitre 2 : La cause et la bonne foi, outils de moralisation des contrats d'affaires en droit sénégalais

« *À chacun son pays, à chacun ses mœurs* », disait M. Sériaux³¹⁷.

149. Généralité. « *La colonisation étant ressentie comme une dépersonnalisation, il est naturel que l'indépendance s'accompagne du désir de réaffirmer les valeurs authentiques des populations libérées* », ³¹⁸ disait le juge K. Mbaye. Au lendemain de l'indépendance, pour remplacer les anciennes législations françaises, le législateur a offert à la société sénégalaise à travers deux lois (loi n° 63-62 du 10 juillet 1963 et la loi n° 66-70 du 13 juillet 1966), un Code des obligations civiles et commerciales (COCC) dont le rôle est de promouvoir le développement économique et les valeurs sociales essentielles à la vie en communauté, telles que la liberté, la justice sociale, la solidarité, etc. Un COCC qui fait du pouvoir de la volonté de l'homme³¹⁹ le moteur des relations contractuelles³²⁰. En effet, la volonté de l'homme n'est pas un pouvoir d'agir à partir du néant, mais « *un acte de volition déterminé par un but* »³²¹. C'est donc de cette perception de tout engagement dans un rapport juridique que semble dériver la notion de cause. Ainsi, afin de répondre à la quête de la finalité économique du contrat souhaitée par les parties, c'est d'abord la notion de « cause » qui est employée comme l'instrument permettant de corriger le déséquilibre contractuel en exigeant une « cause objective ». Elle permet d'éclairer les raisons pour lesquelles les contractants s'engagent, et la légitimité de ces engagements. Ensuite, plusieurs décennies après, sous l'avènement de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), la bonne foi fit son entrée dans le droit positif sénégalais comme outil de normalisation des comportements dans les contrats d'affaires pour compléter le dispositif. Le droit OHADA, dont l'hégémonie est acceptée par tous les États membres jusqu'à faire partie de leurs droits positifs, vient réglementer les contrats d'affaires dans un contexte de mondialisation, pour préserver,

³¹⁷ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, P.U.F, 1992, n° 40.

³¹⁸ K. MBAYE, « L'expérience sénégalaise de la réforme du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 1970, p. 35-42.

³¹⁹ J. P. TOSI, *Le droit des obligations au Sénégal*, Nouvelles éditions africaines, 1981, p. 45. ; P. BOUREL, « La formation du contrat en droit sénégalais », *RSD*, septembre 1969. Dans un pays comme le Sénégal où, le groupe a toujours primait sur l'individu, où la conception des relations entre les personnes est plus sociale qu'individuelle, le COCC est interprété comme l'incarnation du pouvoir de la volonté individuel. Certes, le pouvoir de l'homme y trouve une importante place, mais il reste encadrer par la plume du législateur sénégalais.

³²⁰ A.-W. NDIAYE, « Libre propos sur la protection du consentement cinquante années après », in *Colloque international de l'université Assane Seck de Ziguinchor* (dir. I. Y. NDIAYE et Autres), *Le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : 50 ans après*, vol. 2, L'Harmatan, 2018, p. 645.

³²¹ P. LOUIS-LUCAS, *Volonté et cause : étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, Thèse, Paris, 1918.

notamment, l'équité contractuelle. Il faut donc relever que, ces dernières décennies, l'ordre juridique sénégalais a dû faire face au développement de lois spéciales supranationales, telles que le droit de l'UEMOA, le droit de la CIMA et le droit de l'OHADA, qui viennent concurrencer et menacer la survie du COCC³²². En effet, l'émergence de ces lois spéciales qui vont régir le domaine des obligations civiles et commerciales, traditionnellement assigné au COCC, emportera l'abrogation³²³ de plusieurs dispositions relatives aux sociétés commerciales, aux sûretés, à la vente commerciale, *etc.*³²⁴ Toutefois, certaines dispositions du COCC ont survécu à ce phénomène de prolifération des lois spéciales, et bien que le domaine de ce Code soit réduit, il continue d'être un outil incontournable qui régit le droit commun des contrats³²⁵. Certains principes régissant la formation, l'exécution et la résolution des accords sont toujours énoncés dans les premiers et deuxième livres de la première partie du COCC.

150. La cause et la bonne foi, deux instruments de moralisation des contrats d'affaires en droit sénégalais. À l'opposé du droit français qui a supprimé la notion de « cause »³²⁶ dans les dispositions du Code civil par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats en raison notamment de la déformation de son rôle et du désordre qu'elle occasionnait, elle demeure, en droit sénégalais, l'une des conditions de validité du contrat. Cependant, quels sont les problèmes concrets que le droit sénégalais tente de résoudre en faisant de la cause et de la bonne foi, les piliers de la formation du contrat ? Nous pouvons affirmer à titre préliminaire que l'objectif est d'exposer la dimension morale du contrat, permettant au droit positif d'insérer dans ce cadre certaines valeurs.

151. Plan. Nul ne peut imaginer que le législateur, le juge, le jurisconsulte soient indifférents face aux déséquilibres contractuels, aux abus, à l'immoralité, au déraisonnable, à l'inégalité, à l'illicéité, dès lors qu'il existe une vertu morale qui encadre le champ contractuel. En droit sénégalais, une analyse des dispositifs juridiques du COCC révèle que la cause, dans

³²² P. T. FALL, « Requiem pour le COCC », in Colloque international de l'université Assane Seck de Ziguinchor (dir. I. Y. NDIAYE et Autres), *Le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : 50 ans après*, vol. 2, *op. cit.*, p. 346.

³²³ Après l'entrée en vigueur des premiers actes uniformes du droit OHADA, le législateur sénégalais, conformément à l'article 10 du Traité OHADA, a adopté la loi n° 98-21 du 26 mars 1998 portant abrogation de certains articles du COCC.

³²⁴ *Ibid.*, p. 342.

³²⁵ A. T. NDIAYE, « La portée abrogatoire des droits supranationaux de l'espace OHADA sur les dispositions du COCC » in Colloque international de l'université Assane Seck de Ziguinchor (dir. I. Y. NDIAYE et Autres), *Le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : 50 ans après*, vol. 2, *op. cit.*, p. 428.

³²⁶ L'analyse des dispositions des nouveaux articles 1162 et 1169 du Code civil révèle que l'esprit de la cause n'a pas tout à fait disparu du Code civil. On retrouve implicitement dans ces dispositions la notion de cause à travers les termes de « but » et de « contrepartie ».

sa conception subjective et objective, a vocation à remplir la fonction de moralisation des contrats d'affaires (**Section 1**). Toutefois, ce rôle n'est pas seulement assigné à la cause. Certaines lois supranationales, à l'exemple de l'Acte uniforme portant sur le Droit commercial général (AUDCG), comportent des dispositions qui consacrent l'obligation de bonne foi contractuelle, comme instrument de la moralisation des contrats d'affaires (**Section 2**).

Section 1 : La cause, outil de moralisation des contrats d'affaires en droit sénégalais

152. Le choix de la cause en droit sénégalais comme instrument de moralisation des contrats d'affaires. Traditionnellement, la notion de cause repose sur l'idée selon laquelle, pour que la volonté agisse pour faire naître des obligations à l'égard des contractants, il faut une raison suffisante, une cause licite et existante. En tant que condition de validité du contrat, elle sera envisagée en droit sénégalais comme un outil permettant de vérifier la réelle intention des parties qui motive leur consentement. Contrairement au droit positif français qui ne traitait que de la cause de l'obligation, le droit positif sénégalais aborde à la fois la cause de l'obligation, et celle du contrat. En effet, il fait une distinction entre les deux, toutes confirmées par le législateur sénégalais comme condition de validité du contrat.

153. Plan. Le COCC qui s'est inspiré du Code civil français de 1804 en s'adaptant aux réalités de la société sénégalaise a pour objectif, d'une part, d'asseoir une législation dédiée à la croissance économique et d'autre part, de promouvoir l'unité du droit des obligations³²⁷. Ainsi, pour préserver la moralité du contrat, le législateur a fait dépendre sa validité sur deux exigences morales : la licéité et la moralité du motif de l'engagement. Il semble donc être une bonne méthode d'étudier d'abord la cause en tant qu'outil de moralisation par le biais du contrôle de validité des contrats d'affaires (sous-section 1), puis de l'étudier en tant qu'outil de moralisation par le contrôle du contenu des contrats d'affaires (sous-section 2).

Sous-section 1 : Cause, moralisation et contrôle de validité des contrats d'affaires en droit sénégalais

154. La fonction moralisatrice de la cause : contrôle de la licéité ou de la moralité du contrat. À travers l'analyse de la portée des dispositions du COCC relatives aux conditions de formation et d'exécution du contrat, nous avons constaté que les règles de droit positif actuel

³²⁷ R. DECOTTIGNIES, « Réflexion sur le projet de code sénégalais des obligations », *Annales Africaines* 1962, p. 171 et s. ; du même auteur, « L'apport européen dans l'élaboration du droit privé sénégalais ? », *Annales Africaines*, 1964, p. 79 et s.

sont animées de l'esprit d'une meilleure moralité contractuelle. Celui-ci est incarné par la cause, outil de moralisation de la vie des affaires, permettant de contrôler le caractère licite et moral de l'acte, ainsi que l'exigence d'une contrepartie réelle.

155. Plan. D'une part, les contrats d'affaires étant des contrats synallagmatiques et commutatifs, l'appréciation objective de la cause qui exige une contrepartie réelle, assimilable à la *consideration* en droit des contrats américain fondée sur l'idée de réciprocité, permet de justifier la nécessité de s'engager lorsque chaque partie donne un avantage réel à l'autre pour que le contrat puisse exister (A). D'autre part, l'appréciation subjective de la cause qui exige que cette dernière ne soit pas illicite ou immorale permet la protection de l'intérêt général qui repose sur les règles relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs (B).

A- Existence de la cause : une exigence empreinte de moralité contractuelle

156. Le critère d'existence de la cause objective en droit sénégalais. Selon les dispositions du COCC³²⁸, la validité et la légitimité du contrat sont sous-tendues par une théorie objective de la cause. En vertu de celle-ci, pour juger qu'un contrat est conclu en droit sénégalais, il faut s'assurer de l'existence et de la réciprocité de la contrepartie convenue par les contractants. Ainsi, les contrats d'affaires, à l'exemple des contrats de vente commerciale³²⁹, des contrats de distribution, sont dans leur majorité analysés comme la recherche d'un gain économique réciproque ou d'un échange de valeurs. À cet égard, la cause objective ou la « cause-contrepartie » conduite par sa visée utilitariste et économiciste seraient une norme référentielle de détermination du but poursuivi par le contrat et de la finalité concrète voulue par les partenaires³³⁰. Au regard de sa finalité, elle apparaît dans le COCC dans son aspect le plus simple : la recherche de l'équité et de l'équilibre des prestations. La cause existante est donc appréhendée comme un instrument de contrôle objectif de l'équilibre contractuel en prenant référence au contenu matériel et objectif du contrat³³¹. En effet, « *la notion de cause est employée tel un concept élastique au service de la recherche d'un plus équitable équilibre*

³²⁸ Article 77 du COCC.

³²⁹ V° l'article 268 alinéa 1^{er} du COCC qui dispose qu'« il n'y a pas de vente s'il n'y a pas de prix fixe ou si celui qui a été stipulé apparaît comme fictif ou dérisoire ».

³³⁰ E. FOKOU, « La notion d'économie du contrat en droit français et québécois, *RGD*, vol. 46, n° 2, 2016, p. 356.

³³¹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral*, t.1, PUF, coll. Thémis Droit, 4^e éd. 2016, n° 402, p. 436.

contractuel »³³². Cette approche de la cause conforte la finalité morale de l'exigence d'une contrepartie réelle dans les contrats d'affaires, qui ne doit être ni illusoire ni dérisoire.

157. La jurisprudence sénégalaise est très attachée à cette finalité traditionnelle de la cause en maintenant l'exigence morale de l'appréciation de l'équivalence des prestations au sein du contrat. Dans un arrêt rendu par la Chambre civile et commerciale de la Cour de cassation le 15 mai 2002, le juge, aux termes de l'article 77 du COCC³³³ relatif à la cause de l'obligation en son alinéa dernier, a retenu que « *l'absence de cause alléguée n'étant pas prouvée, c'est à bon droit que la Cour d'appel a retenu que la souscription par BRETTE de l'effet de commerce querellé trouve sa cause dans le remboursement du prêt dont il a bénéficié* »³³⁴. Ainsi, par tradition coutumière et même par nécessité de pouvoir justifier moralement le consentement des contractants, tout comme le droit français, le droit sénégalais des contrats est aussi causaliste. Dans sa fonction de préserver la conformité du contrat à une certaine conception morale, la cause a d'abord pour vocation de permettre au juge de contrôler la simple existence d'une contrepartie dans le contrat d'affaires, même si, à l'instar des droits français et américain, le principe est celui d'une indifférence de l'équivalence des prestations³³⁵. En droit des contrats sénégalais, l'article 77, alinéa 1^{er} du COCC incarne ce postulat d'éradication des contrats déséquilibrés. Utile dans sa simplicité, la cause n'est toujours pas rejetée par le législateur sénégalais.

158. La pertinence de l'application du contrôle objectif de la cause dans les contrats d'affaires. Les contrats d'affaires sont, par leur nature, des contrats à titre onéreux, c'est-à-dire qu'ils impliquent la réalisation de prestations réciproques justifiées par un intérêt économique. C'est pourquoi ce type de contrat constitue le terrain privilégié de la mise en œuvre de l'article 77, alinéa 1, du COCC. En pratique, à l'exemple du contrat de franchise, la transmission d'un savoir-faire ou encore de la marque par le franchiseur au franchisé dépourvu de toute originalité qui ne lui permettrait pas de se distinguer des règles de l'art pourrait constituer un motif de nullité du contrat pour absence de cause. En effet, à l'instar du contrat commutatif qui est défini par l'article 45, alinéa 1^{er} du COCC comme celui par lequel « *chacune des parties, dès la conclusion du contrat, peut apprécier le montant de sa prestation et*

³³² D. GUERIN-SEYSEN, « Libres propos sur l'instrumentalisation et la pérennité de la notion de cause », *LPA*, 19 sept. 2011, n° 186, p. 8.

³³³ Il dispose en son alinéa 1^{er} que « *l'absence de cause pour l'une des obligations nées du contrat rend celui-ci annulable* ».

³³⁴ Sénégal, Cass., cham. civ. et com., 15 mai 2002, 79/2002.

³³⁵ Le droit sénégalais connaît quelques exception à ce principe, à l'exemple de la lésion, la sanction des clauses abusives, de l'abus dans la fixation du prix, etc.

l'avantage que le contrat lui procure », le contrat de franchise fait primer une vision objective en exigeant du contrat une cause déterminée. Il existe, à cet égard, une similitude entre l'article 77, alinéa 1^{er} du COCC et le nouvel article 1169 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016. En effet, il ressort de cette dernière disposition que, pour être valide, un contrat doit, au moment de sa conclusion, prévoir la contrepartie convenue par l'une des parties. Le contrôle de la cause objective a donc toute son utilité dans les contrats d'affaires.

159. Illustration de la cause objective dans les contrats de franchise. En amont de cette illustration, il faut souligner que la franchise ne bénéficie pas en droit positif sénégalais d'un régime juridique spécifique qui l'encadre. Elle est soumise aux dispositions générales du COCC régissant le droit des obligations et de celles régissant la vente commerciale de l'AUDCG. La conséquence directe est que les contrats de franchise sont dans leur majorité régis par des droits étrangers lorsque le contrat comporte un élément d'extranéité. Toutefois, des propositions et des recommandations ont été faites en ce sens par des cabinets juridiques appelés à se prononcer sur l'opportunité d'une extension du droit OHADA à de nouvelles matières, dont la franchise. Les principales recommandations sont : la création d'un Livre VIII consacré à la franchise dans l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, la consécration d'une obligation d'information financière ; l'établissement d'une obligation précontractuelle d'information à la charge du franchiseur ; l'encadrement des conséquences de la fin du contrat de franchise, *etc.*³³⁶ Nous ajoutons à cette liste, la proposition d'instaurer un formalisme informatif au stade des négociations qui impliquerait une remise obligatoire au franchisé d'une proposition écrite préalable qui doit donner une vision réelle et sérieuse du réseau de distribution.

160. Pour revenir à notre illustration, il faut relever que la cause de l'engagement est spécifique pour chaque contractant. Si le fondement de l'engagement du franchisé réside dans la transmission du savoir-faire dont l'exploitation doit lui permettre une capitalisation de gain³³⁷, celui du franchiseur réside dans le paiement des droits d'entrée et des redevances. À cet effet, exiger la cause objective comme condition de validité du contrat permet de s'assurer que l'attente ou le motif qui suscite la volonté de chaque partie de s'engager existe.

³³⁶ V. en ce sens, Rapport 2013 de Deloitte remis à l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) représentée par son Secrétaire permanent. Rédacteurs, William Ediko, Stéphane Buffa ; sous la direction de Madeleine Berre, Bruno Messerschmitt et Yves Madre.

³³⁷ Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-19.047.

161. Ainsi, dans le contrat de franchise, la moralité contractuelle issue, notamment, des dispositions de l'article 77, alinéa 1^{er} du COCC, impose à assurer à chaque partie au contrat, la possibilité d'apprécier le fondement de la contrepartie convenue³³⁸ qui justifie l'exécution de leurs obligations. À cet égard, dans les contrats d'affaires, le consentement qui ne peut à lui seul suffire à justifier la naissance des obligations corrélatives, a dû cohabiter avec des exigences particulièrement nécessaires, dont la cause de l'obligation qui garantit *a minima* un équilibre des prestations, ainsi que l'utilité sociale et économique du contrat, *etc.* L'analyse de la cause objective dans les contrats de franchise nous révèle donc que les obligations paraissent être projetées en direction d'un intérêt commun qui suppose une vive collaboration des parties³³⁹.

162. La conformité de la cause objective à la volonté des parties, entendue comme une certaine préservation de la moralité contractuelle. La notion de cause est certainement l'une des pierres angulaires de la moralité contractuelle devant régir les rapports entre les parties au contrat. Elle apparaît dans l'exigence faite au juge de vérifier l'existence de la cause pour trouver le motif apparent qui justifie l'engagement des parties au contrat. Il peut donc, dans cette tâche, se référer à l'article 77, alinéa 2 du COCC qui distingue classiquement la cause non exprimée de la cause exprimée³⁴⁰. Elle est dite exprimée conformément à la volonté des parties lorsqu'on peut relever l'intérêt poursuivi par chacun des contractants à la seule lecture du contrat, notamment dans les contrats commutatifs.

163. Ainsi, le lien étroit qui existe entre la cause objective et la volonté des parties facilite le contrôle de l'équilibre des prestations respectives, ainsi que la remise en cause du contrat dont les prestations sont manifestement disproportionnées. Il devient donc évident pour nous que la cause objective, dite cause de l'obligation, remplisse une fonction de protection des intérêts des parties en vérifiant qu'elles n'aient pas donné leur consentement sans contrepartie réelle. Il s'agit, en droit sénégalais, sur le fondement de la morale contractuelle qui exige justice

³³⁸ Même-si l'ensemble des principes et règles de régulation sociale, juridique et économique ne s'est pas éloigné du droit français, auquel il s'inspire, sur ce point, le droit sénégalais semblait devancer le droit le droit français. C'est par l'ordonnance du 10 février 2016 que le législateur est venu confirmer cette exigence en consacrant une solution dégagée par la jurisprudence qui avait déclaré sur le fondement de la cause que le contrat serait annulable lorsque la contrepartie convenue lors de la conclusion du contrat est illusoire ou dérisoire. V°. en ce sens, Cass. com., 8 févr. 2005 : *Bull. civ.*, IV, n° 21 ; Cass. com., 17 janv. 2012, n° 11-10.641.

³³⁹ Y. MAROT, « La collaboration entre franchiseur et franchisé », LPA 31 août 2000, n° 174, p. 4 et s. ; Ph. LE TOURNEAU, *Les contrats de franchise*, Litec, 2^e éd., 2007, n° 44.

³⁴⁰ « Le contrat est valable bien que la cause de l'obligation ne soit pas exprimée. La charge de prouver l'absence de cause pèse sur celui qui l'allègue ». Article 77 alinéa 2 du COCC.

et équité, de contrôler les risques de permutation de valeurs déséquilibrées et de s'assurer que le motif apparent qui a déterminé le consentement du contractant est concevable.

164. En somme, la cause nous paraît être un outil essentiel de contrôle de rattachement de l'objet de l'obligation des contractants à une contrepartie, pouvant justifier la nullité du contrat lorsque celui-ci fait défaut. Toutefois, elle a également un autre rôle, celui de contrôler la conformité du contrat à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

B- Conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs de la cause

165. La coexistence de deux notions empreinte de moralité contractuelle : l'ordre public et les bonnes mœurs. Tout d'abord, l'ordre public, une notion souple,³⁴¹ parce que non limité aux seules dispositions légales, dont le périmètre a l'avantage de s'adapter à l'évolution de la société, est une exigence qui doit être préservée par les contractants. Il sert d'outil juridique d'évaluation du caractère morale du contrat d'affaires. En effet, il assure la primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers. Il exige un « *civisme contractuel* » qui requiert le « *minimum de conformisme social* » de la part de chacune des parties³⁴². Toutefois, parmi les nombreuses définitions de l'ordre public recensées, celle qui donne plus de détails est proposée par le *Vocabulaire juridique de Capitant*³⁴³. Pour l'auteur, l'ordre public peut être défini comme un « *impératif dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement ni dans leurs conventions* », une « *directive qui, exprimée ou nom dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité, à la marche de l'économie ou même de la sauvegarde de certains particuliers primordiaux* ». Il ressort de cette définition deux classifications de l'ordre public. D'une part, un ordre public politique qui sert à protéger les organisations fondamentales de la société : l'État en premier, la famille, et les libertés fondamentales. D'autre part, un ordre public économique qualifié de direction, lorsqu'il a pour but de protéger l'économie du marché de sorte à être très présent en droit *antitrust*. En pratique, l'ordre public est qualifié de protection lorsqu'il peut servir à protéger la partie présumée économiquement faible et ainsi orienter les rapports économiques dans le sens de l'ordre social ou d'une certaine harmonie. De ce fait, il peut avoir, notamment pour terrain d'élection, privilégié les contrats d'adhésion, à l'exemple des contrats de franchise ou de transport de

³⁴¹ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, op. cit., n° 375, p. 381.

³⁴² J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., n° 61.

³⁴³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 723. V°. Norme.

marchandises par route. Ainsi, en pratique, un contrat de franchise comportant une clause noire, imposant au franchisé un prix de revente, sans possibilité de le modifier, serait contraire à l'ordre public économique parce que pouvant caractériser une restriction à la concurrence menaçant l'équilibre du marché. Par conséquent, l'ordre public économique correspond en ce sens à « *la recherche de la justice contractuelle, de l'utilité sociale du contrat, de son efficacité économique, de la protection du contractant vulnérable, etc.* »³⁴⁴.

166. Ensuite, la notion de bonnes mœurs qui n'a pas réussi à trouver sa place en droit français des contrats lors de la réforme de 2016, même si elle est distincte de la notion d'ordre public, elle est envisagée par certains auteurs comme une notion voisine de cette dernière. Elle est présentée sous un aspect plutôt moral de l'ordre public³⁴⁵. Une partie de la doctrine n'a pas manqué de le traiter sous l'angle de « l'ordre public moral ». En effet, elles sont décrites comme « *une catégorie descriptive parmi les diverses manifestations de l'ordre public* »³⁴⁶. Il faut donc constater que les finalités de l'ordre public et des bonnes mœurs sont identiques : promouvoir le maintien de l'ordre social et de l'ordre économique. À travers ces deux outils juridiques évolutifs et adaptables, la promotion de cet ordre social et économique dans les relations contractuelles est donc garantie par le contrôle de la licéité et de la moralité de la cause.

167. Le durcissement des conditions de validité du contrat par le biais des exigences morales de conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs de la cause. L'article 47 du COCC énumère les conditions de validité du contrat³⁴⁷ parmi lesquelles est requise « *une cause licite pour le contrat et les obligations qui en résultent* ». En droit sénégalais, les règles de droit actuelles qui découlent de la cause visent à encadrer les relations contractuelles selon la logique du « *triomphe de l'équité sur le droit strict* »³⁴⁸ et des devoirs moraux en accord avec les mœurs de la société sénégalaise. L'objectif est, d'une part, d'empêcher qu'une partie s'engage injustement par une simple manifestation de volonté de contracter, et d'autre part, de refuser que la volonté exprimée produise des effets de droit lorsqu'elle est contraire à l'ordre social.

³⁴⁴ I. Y. NDIAYE, « Leçon inaugurale : le COCC, cinquante ans après (regard furtif) », in Colloque international de l'université Assane Seck de Ziguinchor (dir. I. Y. NDIAYE et Autres), *op. cit.*, p. 16.

³⁴⁵ J. HAUSER, J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes mœurs », *Rep. civ.*, n° 128.

³⁴⁶ M. GÉOUT, « Ordre public et bonnes mœurs », *Jur. cl. civ.*, art. 6, fasc. 1, 1979, n° 60.

³⁴⁷ Quatre conditions sont requises par l'article 47 du COCC pour la validité d'un contrat :

1°) Le consentement des parties ; 2°) La capacité de contracter ; 3°) Un objet déterminé et licite, formant la matière du contrat et des obligations ; 4°) Une cause licite pour le contrat et les obligations qui en résultent.

³⁴⁸ G. CHEVRIER, « Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations », Sirey, Paris, 1929, p. 24-43.

168. Certes, traditionnellement, le contrat tire sa force obligatoire de la volonté des parties au contrat. Mais, la volonté du législateur ne manque pas de donner également une force obligatoire au contrat en exigeant qu'il soit juste conformément aux exigences de l'ordre public³⁴⁹ et des bonnes mœurs. Pour le cas du droit sénégalais qui n'échappe pas à cette évidence de la moralisation, la conformité de la cause à l'ordre public et aux bonnes mœurs, lesquels sont des barrières à la liberté contractuelle, ont permis de constater que le droit des contrats d'affaires n'est plus perçu sous le prisme d'une liberté factice³⁵⁰ ou négative. Le succès de cette entreprise d'incarner l'idée du « juste et de l'utile »³⁵¹ du contrat tourné vers l'utilité sociale, la sécurité juridique et l'efficacité attendue par les parties, dépend en grande partie du contrôle de conformité de la « cause » à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Cela permet, en effet, de contrôler les risques d'immoralité et d'illicéité susceptibles d'affecter le contrat.

169. Cette approche moralisatrice de la cause permet de contrôler le caractère illicite ou immoral qui résulte de la raison qui détermine l'engagement des parties³⁵². Le droit sénégalais, en protégeant une certaine bienséance dans les relations d'affaires, partage, sur ce point, les mêmes finalités que le droit français et américain, même si, pour ce dernier, l'ordre public est judiciaire et non légal, conférant au juge américain un important pouvoir de relever d'office l'illicéité du contrat par contrariété à une règle. En outre, même si l'ordre public et les bonnes mœurs ont connu un certain recul depuis la réforme du droit des contrats de 2016, et que la cause n'est plus une condition de validité du contrat en droit français, celle-ci apparaît sous le vocable de « contenu » ou de « but » du contrat, de sorte à priver d'effet, conformément au nouvel article 1131 du Code civil, « *toute obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite* ». Pour que le contrat soit valable, il doit donc comporter une cause conforme à l'exigence légale. De la sorte, il doit non seulement exister, mais aussi être licite. En pratique, le contrôle de conformité de la cause des contrats d'affaires à l'ordre public et aux bonnes mœurs aurait donc pour vocation de préserver les membres d'une société, des comportements des acteurs économiques qui mettraient en danger leur liberté ou leur moralité.

170. Le contrôle de la cause non conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs : instrument de protection du lien contractuel. L'article 76, alinéa 1^{er} du COCC aux termes duquel « *le contrat est nul pour cause immorale ou illicite lorsque le motif déterminant de la*

³⁴⁹ J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Dalloz*, vol. 2, 1990, chorn. 27, p. 147.

³⁵⁰ C. THIBIERGE, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 397.

³⁵¹ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *Dalloz*, vol. 1, 1982, chorn. 1, p. 1.

³⁵² Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998 : *JCP G* 1998, II, 10202 ; *Dalloz* 1998, 563, concl. J. Sainte-Rose ; *Deffrénois* 1998, 1408, obs. D. Mazeaud.

volonté des parties est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs », résume la fonction moralisatrice de la cause du contrat. Les références aux notions de licéité et de moralité du contrat coexistent pour protéger l'intérêt général et les fondements de la société. En tant que conditions de formation du contrat, ayant chacune des fonctions diverses, même si le juge les utilise conjointement pour contrôler la licéité de la cause du contrat, ces deux exigences sont indispensables pour la survie du lien contractuel.

Sous-section 2 : Cause, moralisation et contrôle du contenu des contrats d'affaires en droit sénégalais

171. Le rapport entre l'économie du contrat et la cause objective. De la même façon que le contrôle de conformité de la cause à l'ordre public et les bonnes mœurs, la moralisation des relations contractuelles est également inspirée par le contrôle judiciaire de la conformité de la cause au but commun voulu par les parties. Ainsi, le rapport qui existe entre la cause objective et l'économie du contrat semble incontestable. Cette dernière qui représente l'intérêt commun des parties, assimilée à la finalité atypique visée³⁵³, « *est la consécration de leur motivation à la conclusion du contrat* »³⁵⁴. La cause objective apparaît comme un instrument permettant d'établir un rapport d'équivalence des prestations voulues par les parties.

172. Plan. Nous verrons qu'admettre que la cause objective puisse servir de contrôle de l'existence de la contrepartie convenue permettrait concrètement aux parties de prétendre à l'atteinte du but poursuivi selon l'économie voulue par celles-ci. Voyons tout d'abord le rôle de « police des clauses » de la cause objective (A) avant d'examiner son autre rôle de support d'autorisation de l'interprétation du contrat en droit sénégalais (B).

A- La police des clauses assurée par la cause

173. La cause, instrument de contrôle de la fonction des clauses pour organiser les obligations dans le sens du but commun poursuivi par les parties. Les clauses qui ont pour fondement la liberté contractuelle doivent *a priori* avoir pour fonction essentielle d'organiser le contenu du contrat pour qu'il soit en conformité avec le but commun voulu. En effet, « *le contrat est un ordre construit où chaque clause assure une fonction propre* »³⁵⁵ sans toutefois créer un climat de déséquilibre. Partant du postulat de contrôler l'équilibre des obligations de

³⁵³ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préface J. GHESTIN, L.G.D.J., Biblio. de droit privé, t. 311, 1999.

³⁵⁴ S. DRUFFIN-BRICCA et L.-C. HENRY, *Droit civil : les obligations*, note sous Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, p. 71.

³⁵⁵ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000, p. 490.

l'un des contractants eu égard à celles qui lui sont corrélatives, l'exigence de conformité des clauses contractuelles à la cause objective a permis d'introduire dans les contrats d'affaires « *un surplus d'équilibre et de flexibilité* »³⁵⁶. Toutefois, ce rôle de « police des clauses » assuré par la cause objective n'apparaît pas de façon explicite dans le COCC, comme c'est le cas aujourd'hui en droit français avec la consécration de la jurisprudence « Chronopost »³⁵⁷ à l'article 1170 du Code civil³⁵⁸. Cependant, on retrouve implicitement cette fonction de la cause dans certaines dispositions du COCC, notamment l'article 186 du COCC relatif aux « clauses d'échelle mobile » ou dite « clauses d'indexation ». Il dispose que : « *les contractants peuvent fixer la somme d'argent due par l'un d'eux en se référant aux prix de matières premières, de marchandises, de services, ou, de façon générale, à tout autre indice dont la valeur est déterminable, à la condition que l'économie du contrat ou l'activité de l'entrepreneur soient en relation directe avec la fluctuation des cours de l'indice choisi* ». Il apparaît implicitement un rôle de police des clauses assurée par la cause, dès lors qu'il est exigé que l'indice d'indexation soit en corrélation directe avec le but commun voulu ou l'activité du contractant. En effet, il est nécessaire pour que la clause d'indexation soit valide, que l'indice de référence soit en rapport avec l'activité en cause ou le but commun voulu par les parties. Cette approche classique qui consiste à surveiller l'économie du contrat est gage d'équilibre entre les droits et obligations des parties. L'encadrement de la liberté contractuelle permet de contrôler le caractère raisonnable de la clause et ainsi lutter contre l'excès et la déloyauté. Donc, « *aux*

³⁵⁶ D. MAZEAUD, note sous Cass. civ. 1^{er}, 10 février 1998, n° 96-13.316, Bull. civ. I, n° 53, Dalloz, 1998, p. 539. Voir également en ce sens, not. Cass. civ. 1^{er}, 11 mai 1999, n° 97-14.493, Rép. Defrénois 1999, p. 992, obs. D. MAZEAUD, Contrats, conc. consom., 1999, n° 137, obs. L. LEVENEUR : en l'espèce, les juges de droit cassent la décision des juges du fond qui avait considéré retenu comme licite une clause de non-concurrence « *sans rechercher si cette clause était proportionnée aux intérêts légitimes à protéger* ». Au sens objectif, la clause de non-concurrence ne doit pas créer une situation de disproportionnalité entre les obligations réciproques des parties.

³⁵⁷ Dans l'affaire *Chronopost* jugée pour une première fois le 22 octobre 1996, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur l'annulation d'une clause stipulée qui est en contradiction avec l'engagement principal pris par l'une des parties au contrat. Pour répondre à la question de l'annulation de la clause qui prive l'obligation essentielle de sa substance, la Cour de cassation s'était servie de la notion de la cause comme instrument de contrôle de la cohérence du contrat. Au visa de l'ancien article 1131 du Code civil, la Cour de cassation, au soutien de sa décision estime que dans la mesure où la société Chronopost s'est spécialisée dans le transport rapide en garantissant la fiabilité et la célérité de ses services, et s'est engagée à livrer le pli de son client dans un délai déterminé, « *en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devrait être réputée non écrite* ». La Cour de cassation assimile l'absence de cause de l'ancien article 1131 du Code civil à l'hypothèse où la mise en œuvre de la clause limitative de responsabilité viendrait priver l'obligation essentielle de sa substance, c'est-à-dire contredire la portée de l'obligation essentielle contractée par les parties.

³⁵⁸ Article 1170 du Code civil : « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ».

*parties de rédiger leurs clauses avec modération, au juge de corriger les clauses déraisonnables »*³⁵⁹.

174. Un dispositif de « police des clauses » de la cause au sein du COCC illisible et/ou incomplet. En droit positif sénégalais, la fonction de « police des clauses » de la cause, à l'exemple de celle qui figure implicitement à l'article 186 du COCC, apparaît malheureusement illisible et incomplète. En effet, face aux mutations économiques, lorsque l'on sait que les codes se réforment et se refondent sur le fondement des évolutions de la société, le législateur sénégalais n'a pas jugé nécessaire de renforcer ses textes sur ces questions fondamentales. C'est l'exemple de son silence sur les pouvoirs du juge sénégalais lorsqu'il est saisi sur certaines questions de droit fondamental, et qu'il doit faire l'exégèse du contrat, par exemple en présence d'une clause d'indexation dont l'indice est devenu nul ou a disparu. La question que l'on se pose est celle de savoir si les règles d'interprétation des conventions posées par l'article 99 du COCC³⁶⁰, exigeant au juge en cas d'ambiguïté des termes du contrat de rechercher la commune intention des parties, sont transposables à celles d'interprétation de la « clause d'échelle mobile ». Une réponse positive pourrait être donnée, en raison de la généralité de cette disposition, s'il s'avère que la clause est ambiguë et contient des maladroites de rédaction. Mais quel est le sort de l'application de la « clause d'échelle mobile » dans un contrat d'affaires en présence d'indices nuls ou qui ont disparu ? Ni le législateur ni le juge ne nous fournissent de réponse à la question. En revanche, pour son homologue français, de même qu'il est admis qu'il puisse interpréter le contrat en substituant l'indice jugé nul par un indice valable pour rechercher la commune intention des parties, il est également admis qu'il puisse substituer à l'indice précédemment disparu ou devenu nul, un nouvel indice³⁶¹.

175. De notre point de vue, le contrôle de la cohérence des clauses contractuelles avec l'économie du contrat suppose la lisibilité et la complétude des textes législatifs relatifs aux questions fondamentales contractuelles. Le contrôle des clauses contractuelles en est une afin de garantir de la sécurité contractuelle. À ce titre, le législateur sénégalais doit désormais penser à réformer ses textes pour corriger les lacunes et identifier avec clarté le régime juridique des questions fondamentales contractuelles, notamment celle relative à la validité de la clause

³⁵⁹ M. MEKKI, « Incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés – les clauses », <https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2016/12/partie-II-les-clauses.pdf>, consulté le 10 avril 2022.

³⁶⁰ Article 99 du COCC : « Par-delà de la lettre du contrat, le juge doit rechercher la commune intention des parties pour qualifier le contrat et en déterminer les effets ».

³⁶¹ J. MESTRE, B. FAGES, « Clauses d'indexation : que peut faire le juge en cas de disparition de l'indice ? », *RTD civ.* 2006. 117.

entraînant une distorsion prohibée de l'économie du contrat. Cette dynamique de protection de l'économie du contrat étant à encourager, des solutions pourraient également être trouvées par l'implication du juge pour l'encadrement cohérent de tout le processus contractuel. En effet, il doit pouvoir jouer un rôle important de protection du contractant, non seulement contre la liberté contractuelle absolue que lui confère la loi, mais aussi contre la liberté contractuelle absolue des autres qui pourrait s'exercer à sa défaveur. Devant des contrats d'échanges économiques, tels que les contrats de distribution, de transport de marchandises par route ou de vente commerciale, ces instruments juridiques sont opportuns pour permettre de rétablir une certaine équité dans un processus contractuel marqué souvent d'inégalité.

176. La subjectivisation de la cause objective par le contrôle des clauses contractuelles qui altère l'intérêt économique du contrat. Comme nous avons pu le relever, en matière de contrat d'affaires, une clause peut priver d'existence la contrepartie convenue lorsqu'elle rend celle-ci illusoire et/ou dérisoire. C'est l'exemple, en pratique, de la clause de reprise des invendus qui met à la charge du fournisseur et à ses frais, comme son nom l'indique, la reprise des produits invendus à l'issue de l'écoulement d'une période de commercialisation. Cette clause a été sanctionnée par la jurisprudence française, par exemple quand elle met à la charge du fournisseur une obligation sans aucune contrepartie³⁶². En effet, cette absence de contrepartie de l'obligation mise à la charge d'une partie pourrait être assimilée à une absence de cause objective. Il est donc classiquement admis en droit français que « *la cause des obligations d'une partie réside, lorsque le contrat est synallagmatique, dans l'obligation de l'autre* »³⁶³. Cette démarche pourrait sans doute inspirer le juge sénégalais dans son rôle de contrôle des clauses contractuelles. La méthode consistera donc à associer la notion de cause à celle d'intérêt comme il est d'usage. Elle incite à se pencher sur l'utilité économique que la contrepartie représente pour les contractants, dès lors que les obligations corrélatives peuvent être dotées d'une contrepartie sans toutefois présenter une utilité économique pour eux³⁶⁴.

177. À cet effet, le contrat d'affaires étant indissociable de sa finalité économique et sociale, tendre vers un mouvement de subjectivisation de la cause objective par le contrôle de « l'intérêt économique du contrat »³⁶⁵ devient inévitable. Ce postulat incarne l'idée selon laquelle le contrat doit être en mesure de satisfaire la fonction économique que la société lui

³⁶² CA Paris, pôle 5, ch. 5, 4 juill. 2013, n° 12-07.651, EMC Distribution c/ Min., Économie : JurisData n° 2013.

³⁶³ Cass. com. 9 juin 2009, n° 08-11.420 ; *RTD civ.* 2009. 719, obs. B. Fages.

³⁶⁴ J. ROCHFELD, « La cause », *op. cit.*, n° 23 à 48.

³⁶⁵ C. CHAPPUIS, « Le renoncement à la cause et à la considération dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Revue de droit uniforme*, 2008, p. 255.

assigne sans donner la possibilité aux contractants, par des aménagements de leurs obligations corrélatives, de compromettre sa dimension utilitariste. Cette analyse n'a pas encore pénétré le droit positif sénégalais d'autant plus qu'elle n'est pas visible en pratique, parce que la logique du COCC restreint toute intervention du juge³⁶⁶ dans le contrat pour apprécier le caractère sérieux et réel de la contrepartie convenue. Le contrôle de la cohérence et de l'équilibre du contrat doit être intégré dans le COCC par un dispositif lisible et sans lacune, avec plus de pouvoir d'intervention accordé au juge.

178. Au terme de ces développements, il faut retenir que le souci de sécurité juridique doit servir de support pour le législateur et le juge sénégalais pour veiller à l'efficacité et l'utilité économique du contrat par le concours du mécanisme de la police des clauses assurée par la cause. À côté de cette fonction, la lecture du COCC laisse apparaître un autre rôle de la cause : celui de support d'autorisation de l'interprétation du contrat.

B- L'interprétation du contrat autorisée par la cause

179. Le contrôle des clauses contractuelles guidé par la cause : la méthode d'interprétation explicative et la moralité contractuelle. Les clauses contractuelles qui sont des instruments de gestion de l'efficacité du contrat et qui renseignent sur les volontés exprimées par les parties ont toujours un sens et une portée dans les contrats d'affaires. Par conséquent, leur efficacité dépend de leur clarté et de leur précision dans la rédaction afin de traduire sans ambiguïté la commune intention des parties, c'est-à-dire le sens qu'elles ont voulu donner au contrat. Cependant, lorsqu'elles sont abusives, obscures et/ou ambiguës, elles sont souvent source de déséquilibre contractuel et ne reflètent pas la volonté commune, inspirant par moment l'immoralité contractuelle. Pour aboutir à une qualification du contrat et lui faire produire ses effets, l'interprétation des stipulations par le juge³⁶⁷, en levant les ambiguïtés et les contradictions « *pour déterminer le sens et la portée des obligations contractées* », ³⁶⁸ se justifie. À cet effet, sur le fondement des articles 101 et 102 du COCC³⁶⁹, lesquels exigent au nom de

³⁶⁶ M. B. NIANG, *Cours de droit des contrats*, UCAD.

³⁶⁷ R. DECOTTIGNIES, « La résistance du droit africain à la modernisation en matière d'obligations », *RSD*, Juin 1977, p. 67. Pour l'auteur, le COCC « *donne au juge le pouvoir de tempérer ce qu'une application trop stricte du droit pourrait entraîner d'iniquité ou d'insécurité* ». Cité par M. B. NIANG, *Cours de droit des contrats*, op. cit.

³⁶⁸ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, op. cit., n° 444, p. 463.

³⁶⁹ L'article 101 du COCC dispose : « *en présence d'une clause ambiguë ou simplement douteuse, le juge peut déceler la volonté des parties en interprétant les clauses de la convention les unes par les autres, et en tenant compte des circonstances de la cause* ». L'article 102 du COCC dispose : « *entre clauses imprimées, dactylographiées ou manuscrites, celle qui a le caractère le plus personnel est préférée aux autres. Entre clauses inconciliables ou contradictoires, celle qui reflète le mieux la volonté commune des parties a la préférence.* »

la morale contractuelle, de rechercher ce qui est juste et équitable, il est autorisé au juge de faire prévaloir l'esprit des termes sur la lettre pour déterminer la commune intention des parties, à la condition que les stipulations contractuelles soient ambiguës et/ou obscures³⁷⁰.

A contrario, lorsque les termes du contrat sont clairs et précis, le juge qui leur donne un autre sens les dénature. En ce sens, dans un arrêt rendu le 3 avril 2019³⁷¹, la Chambre civile et commerciale de la Cour suprême a censuré la Cour d'appel de Dakar pour dénaturation des termes d'un contrat d'ouverture de crédit sur le fondement des dispositions de l'article 100 du COCC. En l'espèce, la société Sangomar Fishing SARL qui se prévaut d'une convention d'ouverture de crédit, a assigné la Banque Atlantique du Sénégal en responsabilité contractuelle pour rupture abusive de crédit, en nullité du cautionnement hypothécaire consenti à la banque et en paiement de dommages et intérêts. Selon les juges de la Haute juridiction, la Cour d'appel en allouant la somme de 500 millions de FCFA à la société Sangomar pour rupture abusive du contrat au motif que la garantie du FONGIP n'était pas une condition suspensive de l'octroi de la totalité du crédit ; alors qu'il était prévu dans le contrat une garantie du FONGIP à hauteur de 350 millions de FCFA et que le crédit faisait l'objet d'une participation en risque du FONGIP à hauteur de la quotité de garantie convenue dans la lettre d'octroi, les juges du fond ont dénaturé les termes par omission. Le juge se voit donc confier une importante mission de garantir la force obligatoire des stipulations contractuelle et de recherche de la commune intention des parties.

180. Le législateur français et le législateur sénégalais semblent avoir trouvé un compromis lorsqu'ils choisissent tous deux une approche subjective de l'interprétation des stipulations contractuelles en incitant le juge à privilégier la recherche de la commune intention des parties et à ne pas s'arrêter au sens littéral du contenu contractuel. Cette approche est absente en droit américain, où le juge se limite à rechercher la commune intention des parties uniquement à la lettre du contrat. Ce compromis de justice contractuelle, on le retrouve également dans la méthode d'interprétation objective favorisant l'utilité économique du contrat en droit OHADA. En effet, l'article 238, alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme OHADA portant sur le droit commercial général (AUDCG), stipule qu'une clause ambiguë présente dans un contrat de vente commerciale « *doit être interprétée selon le sens qu'une personne raisonnable, de mêmes qualités que l'autre, placée dans la même situation, aurait déduit de son*

³⁷⁰ L'article 100 du COCC dispose : « Si les termes du contrat sont clairs et précis, le juge ne peut sans dénaturation leur donner un autre sens ».

³⁷¹ Cour suprême, civ. com., n° 30, 3 avril 2019, affaire n° J/170/RG/18.

comportement ». Il y a lieu de comprendre, par personne raisonnable, le commerçant honnête qui agit conformément à la raison. Cette disposition montre qu'elle diffère du droit français, qui limite l'indice de référence d'interprétation à une « personne raisonnable placée dans la même situation ». Le législateur OHADA, quant à lui, a devancé son homologue français en consacrant ce mécanisme, absent du Code civil de 1804. Il est allé plus loin en ajoutant un autre indice d'interprétation : celui de « *même qualité que l'autre* ». Plus précisément, cela suppose de prendre en compte dans l'interprétation par référence à une personne raisonnable, la qualité du sujet de comparaison. En pratique, le juge pourra par exemple se référer à la compréhension d'un franchisé qui a la même compétence technique ou les mêmes connaissances ou expériences commerciales que le contractant en cause dans un contrat de franchise.

181. Ainsi, pour déceler quelle est la commune intention des parties, le juge qui répond à la question de savoir « comment interpréter ? » doit identifier le sens des stipulations contractuelles qui pourraient révéler la volonté réelle des contractants. Si on se réfère au droit positif sénégalais, le principe énoncé à l'article 99 du COCC³⁷² est celui de rechercher la commune intention des parties. Cette disposition ne fait que prescrire la finalité de l'interprétation de l'*instrumentum*. Quels sont alors les moyens mis à la disposition du juge pour arriver à déceler la commune intention des parties ? L'article 101 du COCC éclaire implicitement la solution en stipulant que « *le juge peut déceler la volonté des parties (...) en tenant en compte des circonstances de la cause* » ; et à l'article 102, alinéa 2 du COCC de préciser que : « *entre les clauses inconciliables ou contradictoires, celles qui reflètent le mieux la volonté commune des parties a la préférence* ». Ainsi, les investigations du juge se feront en tenant compte de la cause objective, c'est-à-dire la contrepartie pour laquelle les parties se sont engagées qui est supposée traduire dans l'*instrumentum* leur commune intention.

182. Ce raisonnement paraît logique, car la cause, pilier de l'opération juridique envisagée, exprime les attentes légitimes des parties qui découlent de la volonté exprimée. À titre d'exemple pratique, l'interprétation d'une clause qui figure dans un contrat de transport de marchandises par route d'après les circonstances de la cause ne saurait priver l'une des obligations essentielles d'effet ; à savoir « exonérer le transporteur de son obligation de se déplacer et livrer la marchandise dans l'état dans lequel il l'a reçue »³⁷³. On réalise que le juge

³⁷² L'article 99 du COCC dispose : « *Par-delà de la lettre du contrat, le juge doit rechercher la commune intention des parties pour qualifier le contrat et en déterminer les effets* ».

³⁷³ Article 255 de l'AUDCG : « *Le vendeur doit livrer les marchandises en quantité, qualité, spécifications et conditionnement conformes aux stipulations du contrat* ».

doit exercer son pouvoir modérateur dans la mesure où, en présence d'un contrat d'affaires, la conscience morale se refuse d'accepter l'injustice contractuelle.

183. La règle d'interprétation créatrice et *in favorem* des stipulations contractuelles. Au-delà des articles 99 à 102 du COCC et de l'article 238 de l'AUDCG, il existe dans le COCC des dispositions qui sont des directives d'interprétation objective. Elles viennent combler les insuffisances ou les lacunes du contenu du contrat laissées par les parties, un processus indispensable à la réalisation des obligations essentielles. Ainsi, en faisant référence à l'article 103, alinéa 1^{er} du COCC, lorsque la commune intention des parties ne peut être décelée des termes du contrat, le juge peut interpréter son contenu en faisant appel à la loi, aux usages, à la bonne foi ou à l'équité³⁷⁴. Le premier alinéa de l'article 103 stipule clairement que le contenu du contrat ne dépend pas uniquement de la volonté exprimée. Il est également déterminé en faisant référence à des éléments qui découlent de la loi, des usages, de la bonne foi ou de l'équité³⁷⁵ afin de combler les lacunes de l'*instrumentum* et de déterminer son contenu exact. À l'instar de l'article 1194 du Code civil, l'article 103, alinéa 1^{er} du COCC, apparaît comme une règle supplétive dans la mesure où elle doit être comprise comme un outil de réajustement et de comblement des lacunes de l'*instrumentum*, dès lors qu'elle permet au juge de contourner la loi des parties lorsque ses effets sont injustes.

184. À côté de l'interprétation créatrice, le COCC donne une directive d'interprétation *in favorem* à travers l'article 103, alinéa 2 dudit Code. Ce dernier énonce que « *si toute autre interprétation se révèle impossible, les stipulations du contrat sont réputées faites en faveur de celui qui s'oblige* ». Ainsi, dans un contrat de vente commerciale qui est un contrat de gré à gré ; où les parties négocient et déterminent librement les stipulations, le contenu du contrat s'interprète en faveur de celui qui s'oblige, c'est-à-dire le débiteur. Conforme à l'air du temps avec l'émergence de la catégorie de contrat d'adhésion, à l'exemple du contrat de franchise, le principe d'une telle interprétation *in favorem* tend à protéger les intérêts de l'individu, particulièrement de la partie *a priori* la plus faible et, par ricochet, l'économie du contrat. L'objectif de l'interprétation *in favorem* est « *de rétablir une situation d'asymétrie pour le moins informationnelle, voire décisionnelle* »³⁷⁶.

³⁷⁴ Article 103 alinéa 1^{er} du COCC : « En l'absence de volonté exprimée, le contrat oblige à toutes les suites que la loi, les usages, la bonne foi ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature ».

³⁷⁵ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2016, n° 521, p. 439.

³⁷⁶ N. MARTIAL-BRAZ, « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la « personne raisonnable » et l'interprétation *in favorem* », *RDC* 2015, n° 111h2, p. 193.

185. Conclusion de la section 1. Ce qu'il faut retenir en définitive, c'est que, contrairement au droit français et au droit américain, le droit sénégalais fait de la cause, l'instrument de référence de la moralisation des contrats d'affaires afin de répondre à l'utilité économique du contrat voulue par les parties. L'objectif est donc de présenter le contrat comme une figure plus vertueuse, même si le dispositif juridique est par moment illisible et incomplet. Ce souffle de moralisation, nous le retrouvons également dans les lois spéciales supranationales du droit positif sénégalais, à l'exemple l'AUDCG à travers la notion de bonne foi.

Section 2 : La bonne foi, outil de moralisation des contrats d'affaires en droit sénégalais

186. Pour s'adapter à la mondialisation, certains pays africains ont eu comme idée d'unifier le droit des affaires sur leur territoire, même si chaque pays membre était régi par un droit interne, différent les uns des autres, au regard de la diversité des usages, des coutumes et des peuples. Parmi les organisations supranationales qui se sont lancées dans cette entreprise, nous pouvons citer la CIMA³⁷⁷, l'UEMOA³⁷⁸ et l'OHADA³⁷⁹. Ce dernier se démarque plus dans la recherche de la modernité des sources du droit des affaires pour une attractivité du droit économique qui sécurise les investissements³⁸⁰. Dans le cadre de la prise en compte des exigences de la pratique des affaires et de la sécurisation des opérations économiques qui inspirent également la moralisation des contrats d'affaires, les textes spéciaux supranationaux ont imprimé au droit des contrats, les nouveaux impératifs contemporains d'ordre éthique. C'est le cas de la bonne foi, qui a permis d'appréhender le contrat comme une figure qui postule pour la recherche d'un équilibre entre les droits et les obligations des parties dans les relations économiques souvent décrites comme profondément inégalitaires.

187. Plan. La sincérité *inter partes* qui est un noyau qui fonde certains contrats d'affaires, implique une transparence dans le comportement des parties au contrat. À l'image du droit français, en droit sénégalais, une notion remplit cette fonction de moralisation des contrats d'affaires. Il s'agit de la bonne foi. Elle se manifeste au sein des lois spéciales issues des organisations supranationales sous le prisme de l'obligation d'information (**sous-section 1**).

³⁷⁷ Conférence interafricaine des marchés de l'assurance.

³⁷⁸ Union économique et monétaire ouest africaine.

³⁷⁹ On attend par espace OHADA, le droit OHADA et l'ensemble des normes nationales des États membres qui viennent compléter le droit OHADA, ou qui régissent les domaines de droit non encore codifiés par ce dernier.

³⁸⁰ La modernisation et la promotion de l'attractivité du droit économique en Afrique s'est faite par la création d'un droit uniforme des affaires à travers l'OHADA. Elle a été instituée par un Traité signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis et révisé en 2008 à Québec. Son objectif est précisé à l'article 1^{er} du Traité OHADA : « *l'harmonisation du droit des affaires dans les États Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies...* ».

La moralisation des contrats d'affaires est également inspirée pour la vente commerciale régie par le droit OHADA, de l'obligation pour la victime, dans certains cas, de minimiser le dommage sur le fondement des principes d'équité et de bonne foi (**sous-section 2**).

Sous-section 1 : Bonne foi, moralisation et obligation d'information dans les contrats d'affaires en droit sénégalais

188. La bonne foi au service de la moralisation du contrat en droit sénégalais par l'exigence d'une obligation d'information. « *Il n'y a point de contrat sans consentement émanant de l'une et de l'autre partie* »³⁸¹. Et pour l'article 60, alinéa 2 du COCC, cette « *manifestation de volonté ne doit laisser aucun doute sur l'intention de son auteur* ». On déduit donc qu'il faut une volonté clairement et librement exprimée pour que le droit reconnaisse sa validité pour la formation du contrat. La figure contractuelle dans le droit traditionnel africain, avant d'être une technique d'échange, elle est un pacte d'amitié qui lie deux collaborateurs³⁸². Ainsi, la découverte partagée est que : « *les notions de respect de la parole donnée, de réciprocité des obligations, de précaution contre la fraude et la violence, sont des notions familières au droit coutumier africain des contrats* »³⁸³. En droit sénégalais des contrats, « pour redonner au principe de liberté contractuelle ses lettres de noblesse », dès lors qu'elle ne peut pas déroger aux règles d'ordre public, il fallait préserver la transparence et la loyauté dans les rapports contractuels.

189. Plan. Ainsi, sous couvert de la bonne foi appréhendée comme un standard permettant la moralisation des contrats d'affaires, l'obligation générale d'information favorable à la loyauté contractuelle qui est explicitement consacrée au sein des dispositions uniformes supranationales (**A**), apparaît implicitement au sein des dispositions du COCC (**B**).

A- L'obligation d'information générale issue des lois uniformes, favorable à la loyauté contractuelle

190. L'obligation d'information, résultat naturel de l'application du devoir de loyauté entre contractants dans une relation de confiance. Le contrat perdrait sa raison d'être s'il est sans cesse marqué par le déséquilibre, la malhonnêteté, la mauvaise foi, l'abus, perturbant sa réalisation au nom de l'utilité générale. Pour cela, il faut garantir une certaine

³⁸¹ Article 58 du COCC

³⁸² S. MELONE, « Les résistances du droit traditionnel au droit moderne des obligations », *RSD*, Juin 1977, n° 21, p. 47.

³⁸³ T. OLAWALE ELIAS, *La nature du droit coutumier africain*, Présence africaine, 1961, p. 167.

loyauté dans la pratique des affaires en imposant aux parties d'être de bonne foi³⁸⁴. Sous l'influence de l'évolution économique et sociale, le droit sénégalais, par l'entremise du droit OHADA, du droit CIMA et du droit UEMOA, n'a pas échappé à l'intégration de nouveaux principes et de considérations d'ordre éthique. Ces principes étaient jusqu'alors étrangers aux principes directeurs qui régissaient le droit des contrats. En effet, la révision de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG) adopté le 15 décembre 2010, entré en vigueur le 15 février 2011, et le Code des assurances de la CIMA modifié par les règlements n° 2, 3 et 6 CIMA/PCMA/PCE/2018 du 12 avril 2018 ont consacré d'importantes innovations. Le législateur OHADA a codifié l'obligation de bonne foi en lui conférant le caractère d'ordre public à l'article 237, alinéa 2 de l'AUDCG, qui dispose que « *les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée* ». Ce qui signifie que le juge peut, sur le fondement de la bonne foi, mettre à la charge des parties des obligations qui n'ont pas été prévues initialement dans le contrat, à l'exemple de l'obligation d'information. Le nouvel article 1104 du Code civil français issu de la réforme de 2016 relatif au droit des contrats reprend la même logique que cet article. Et le Code CIMA consacre à l'article 6, alinéa 2³⁸⁵ et à l'article 98, alinéa 1^{er}³⁸⁶ une obligation d'information mise à la charge de l'assureur. Dans le règlement UEMOA n° 15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002, l'article 43 met à la charge du banquier une obligation d'information. Ainsi, c'est sur le fondement de cette dernière disposition que la Cour suprême du Sénégal, dans un arrêt rendu le 6 mars 2019, a retenu la violation de l'obligation d'information par le banquier³⁸⁷.

191. Toutefois, il faut relever que, même si le législateur OHADA et le législateur français font de la bonne foi un principe d'ordre public, l'article 237, alinéa 2 de l'AUDCG et l'article 1104 du Code civil se distinguent par le fait que le dernier, contrairement au premier, précise clairement les phases temporelles et les périodes de manifestation de l'obligation de bonne foi. La formulation de cette obligation est donc lacunaire en droit positif sénégalais. En effet, l'exigence de bonne foi est formulée à l'article 237, alinéa 2 de l'AUDCG de façon vague

³⁸⁴ V° I. SECK, « Des quelques mutations du droit sénégalais des contrats en droit privé », Annales Africaines, Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'UCAD, n° spéc., janv. 2020, p. 39.

³⁸⁵ Article 6, alinéa 2 du Code des assurances CIMA dispose que : « *l'assureur est tenu avant la conclusion du contrat de fournir une fiche d'information sur le prix, les garanties et les exclusions* ».

³⁸⁶ Article 98, alinéa 1^{er} du Code des assurance CIMA qui dispose que : « *le souscripteur est tenu : de remettre à l'adhérent un document établi par l'assureur qui définit les garanties et leurs modalités d'entrée en vigueur ainsi que les formalités à accomplir en cas de sinistre ; d'informer par écrit les adhérents des modifications qu'il est prévu, le cas échéant, d'apporter à leur droit et obligations* ».

³⁸⁷ Cour suprême du Sénégal, 6 mars 2019, n° 21. La Cour soutient que la SGBS avait commis une faute en acceptant le paiement d'un chèque qui comporte une surcharge. Pour le juge, l'anomalie apparente et l'importance de la somme à encaisser (25.300.000 f CFA) devait l'inciter à en informer son client qui n'était pas le porteur.

et laconique, sans aucune tentative de définition ni de précision de son champ d'application. Cependant, pour éviter que le principe de bonne foi devienne un outil arbitraire pour le juge, il faut préciser la portée et les limites de l'exigence de l'obligation de bonne foi. En revanche, il existe une réelle volonté du législateur OHADA à vouloir garantir un équilibre contractuel en édictant des « règles de raison ». Ainsi, pour modérer les excès du libéralisme afin d'établir des rapports contractuels justes et socialement utiles sur le fondement de l'autonomie de la volonté, le droit OHADA de la vente commerciale a posé des exigences morales. Sur le fondement du principe de bonne foi, une obligation générale d'information est implicitement imposée aux contractants au service d'un intérêt plus général que poursuit l'utilité économique du contrat. En revanche, cette obligation d'information, comme nous l'avons relevé, apparaît explicitement dans le Code des assurances de la CIMA et en droit UEMOA.

192. Pour l'heure, nous pouvons constater qu'appréhendée dans son sens large, la bonne foi intègre dans les relations contractuelles un devoir de loyauté qui impose aux parties d'adopter une attitude cohérente. En effet, en pratique, en exigeant dans les contrats d'assurance entre professionnels que l'information déterminante soit fournie par l'assureur pour éclairer et préciser le consentement de son cocontractant, un devoir de loyauté est mis à la charge du débiteur de l'information. La bonne foi qui constitue le fondement de cette obligation impose de ne pas la dissimuler, d'être honnête et de ne pas trahir son partenaire. Le devoir de loyauté doit donc être imposé par la loi et par le juge dans l'espace OHADA, CIMA et UEMOA, à travers l'obligation générale d'information qui est source de préservation de la confiance légitime du cocontractant³⁸⁸ et de l'équilibre contractuel. Toutefois, dans le COCC, une analyse approfondie de ses dispositions révèle que l'obligation d'information y apparaît implicitement.

B- L'exigence implicite d'une obligation générale d'information par les dispositions du COCC, gage de justice commutative

193. L'exigence implicite d'une obligation générale d'information par les règles de droit commun du COCC. Malgré l'absence d'un corps de règles organisant de façon explicite l'obligation générale d'information³⁸⁹, et même de rareté de contentieux devant le juge sénégalais en la matière, elle apparaît en filigrane à travers quelques dispositions du COCC. On

³⁸⁸ G. NGOUMTSA ANOU, « L'obligation de bonne foi dans le droit OHADA : analyse à partir de la vente commerciale », *L'Obligation, Études offertes au professeur Paul-Gérard Pougué*, L'Harmattan, 2015, p.613 et s.

³⁸⁹ A. Y. SARR, *L'obligation d'information en droit privé sénégalais des contrats*, Thèse, UCAD, 2022, p. 35.

peut notamment la voir à l'article 60, alinéa 2³⁹⁰ et à l'article 63³⁹¹ du COCC et au nouvel article 8 de la loi n° 2021-25 du 12 avril 2021 sur les prix et la protection du consommateur³⁹² abrogeant partiellement la loi n° 94-63 du 22 août 1994 sur le prix, la concurrence et le contentieux économique. Avec cette loi, même si elle a pour objet de définir le cadre réglementaire de l'obligation d'information dans les relations entre professionnel et consommateur, c'est un premier pas d'admission de cette obligation spéciale en droit interne des contrats d'affaires sénégalais. Elle pourrait être généralisée dans les dispositions de droit commun de contrats pour renforcer la protection des intérêts du contractant faible contre les accords qui pourraient lui être préjudiciables.

194. Il convient de souligner que, si nous faisons allusion à l'article 63 du COCC, lequel fait l'objet d'une interprétation restrictive, parce qu'appréhendé uniquement à travers la notion de manœuvres³⁹³, c'est parce qu'il exige une obligation de ne pas tromper³⁹⁴. Ce qui implique à travers cette analyse une obligation implicite d'information. À cet effet, l'interprétation restrictive de l'article 63 du COCC ne semble pas conforme à l'esprit du texte. Nous pensons que son interprétation extensive, conjointement à l'article 60, alinéa 2 du COCC, ferait admettre qu'une omission intentionnelle d'une information déterminante qui aurait dû être communiquée puisse être analysée comme un manquement à une obligation précontractuelle d'information en raison d'une atteinte délibérée du principe de bonne foi contractuelle. En effet, la dissimulation intentionnelle d'une information qui est déterminante rend le manquement inexcusable. Par conséquent, en raison de l'obligation de bonne foi qui régit les accords, il est

³⁹⁰ Article 60, alinéa 2 du COCC : « La manifestation de la volonté ne doit laisser aucun doute sur l'intention de son auteur ».

³⁹¹ Article 63 du COCC : « Le dol est une tromperie provoquée par des manœuvres que l'un des contractants a pratiquées à l'encontre de l'autre pour l'amener à donner son consentement.

Il y a dol également lorsque ces manœuvres exercées par un tiers contre l'une des parties ont été connues de l'autre. »

³⁹² Article 8, alinéa 1 de la loi n° 2021-25 du 12 avril 2021 : « *Tout professionnel, vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître, de façon claire et compréhensible, les caractéristiques essentielles du bien vendu ou du service rendu* ».

³⁹³ V° notamment : M. B. NIANG, *Cours de droit des contrats*, UCAD.

³⁹⁴ En matière de dol, le juge de la Cour de cassation, devenue Cour Suprême du Sénégal n'a posé qu'un seul arrêt de principe dans une décision n° 78 en date du 17 mars 1999 publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation n°7, année 1998-1999, avril 2007. L'affaire opposé la société Moulins SENTENAC c/ HAWILI – FAWAZ sur trois cessions intégrales d'actions successif d'une même entreprise. La Haute juridiction saisie du litige, sur le fondement de l'article 63 du COCC, casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel en retenant que : « *les manœuvres dolosives, vices du consentement, doivent non seulement être caractérisées et prouvées, mais également déterminantes de la volonté de la partie qui s'engage* ». Le juge n'a pas choisi la méthode d'élargissement de la notion de tromperie pour admettre et assimiler le mensonge à une manœuvre. Sur le terrain de l'obligation de bonne foi, l'arrêt est critiquable car la volonté d'une des parties au contrat d'induire en erreur l'autre partie, découle en l'espèce du mensonge par le cédant initial sur le patrimoine de la société cédée. Un comportement déloyal qui a pu être déterminant pour le consentement du cédant et aurait pu justifier la sanction pour réticence dolosive sur le fondement de la justice contractuelle qui oblige la réparation du dommage sous l'angle de la loyauté.

cohérent de qualifier de déloyale la dissimulation d'une information déterminante. Le droit français a apporté des précisions sur cette question lors de la réforme du droit des contrats de 2016. L'équivalent de l'article 63 du COCC en droit français, le nouvel article 1137 du Code civil, a connu une profonde modification par la réforme de 2016 qui consacre une jurisprudence constante³⁹⁵. En accordant une place à la théorie de la réticence dolosive dans les dispositions du Code civil, le législateur français distingue bien l'obligation précontractuelle d'information, de la dissimulation d'information qui est un élément constitutif du dol qui constitue un délit civil, sanctionné sur le fondement d'une faute délictuelle.

195. L'immoralité des déséquilibres informationnels. Sur le fondement du principe de la force obligatoire du contrat de l'article 96 du COCC³⁹⁶, le contrat ne crée un lien irrévocable entre les parties que lorsqu'il est légalement formé, c'est-à-dire un contrat conforme aux conditions posées à l'article 42 dudit code³⁹⁷ sur la liberté contractuelle. C'est pourquoi, pour la doctrine solidariste, le contrat est contraire à la bonne foi lorsqu'il est vicié³⁹⁸. L'information, ayant pour fondement la bonne foi, elle est dans le contrat un moyen de domination de celui qui la détient sur la volonté de l'autre. Par conséquent, lorsque cette domination crée un déséquilibre qui porte atteinte au consentement, on ne doit pas être étonné de voir le juge intervenir pour rééquilibrer le contrat. En effet, « *le droit positif se (doit) de dépasser la vision archaïque des contractants libres, égaux et souverains dans leurs discussions contractuelles* »³⁹⁹. Le droit sénégalais des contrats n'a jamais écarté cette réflexion, bien au contraire, même s'il est marqué par la puissance de l'individualisme et de l'autonomie de la volonté, le protectionnisme est plutôt à la mode. Ainsi, « *l'idée selon laquelle un déséquilibre et une injustice contractuelle valent mieux qu'un désordre social n'est plus vraiment de raison* »⁴⁰⁰. En restant enfermer dans la logique de la volonté autonome, sans que des éléments extérieurs, à l'exemple de la loi, de l'équité ou du juge, puissent intervenir dans

³⁹⁵ Il dispose en son alinéa 2 que : « *constitue également un dol, la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ».

³⁹⁶ Article 96 du COCC : « Le contrat légalement formé crée entre les parties un lien irrévocable ».

³⁹⁷ Article 42 du COCC : « Libres de contracter ou de ne pas contracter, d'adopter toute espèce de clause de modalités, les parties ne peuvent cependant porter atteinte par convention à l'ordre public et aux bonnes mœurs ».

³⁹⁸ M.-A. GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 69. Pour l'auteur : « *si la bonne foi est absente lors de la formation et l'élaboration du contrat, on peut certainement parler d'absence d'un des fondements du contrat. Il devient alors possible de qualifier cette absence de bonne foi contractuelle comme un vice de contrat* ».

³⁹⁹ G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Thèse, droit, Paris I, LGDJ, 1986, préface J. GHESTIN, spéc., n° 1, p. 6.

⁴⁰⁰ D. MAZEAUD, « La réduction des obligations contractuelles », in *Que reste-il de l'intangibilité du contrat ?*, Colloque organisé le 28 nov. 1997 par le centre de droit, de la consommation et des contrats de l'Université de Chambéry, Rev. Droit et patrimoine, mars 1998, n° 58 et s., spec., p. 65.

le contrat, celui-ci pourrait rester intangible et crée un déséquilibre si toutes les exigences morales permettant d'encadrer les principes de force obligatoire du contrat et de liberté contractuelle ne sont pas intégrées.

196. Plaidoyer pour une conception commutative des contrats d'affaires. Partant de l'idée selon laquelle l'obligation d'information est un instrument qui garantit la justice commutative⁴⁰¹, en ce qu'elle permet d'assurer une certaine équivalence entre les droits et obligations des parties, il est possible de soutenir qu'elle assure la protection de l'intégrité du consentement et permet aux parties de mieux défendre leurs intérêts individuels. La gestion de la portée des règles permettant d'atteindre ces objectifs de justice commutative est l'œuvre du juge par sa qualité de jurisconsulte. Ainsi, au nom de la morale contractuelle, les paradigmes d'analyses (la théorie des vices du consentement, la notion de cause, le principe de bonne foi, la loyauté, la solidarité contractuelle...) des relations contractuelles qui sont en rapport avec les valeurs jugées primordiales et qui ont inspiré son homologue français, lequel a accepté de prendre en compte l'évolution de la conception du contrat, doivent influencer le juge sénégalais pour sortir de sa bulle. Longtemps enfermé par le principe de l'autonomie de la volonté, il doit prendre conscience que la pratique contractuelle est aujourd'hui imprégnée d'un réalisme et d'un pragmatisme qui fait que la conception du contrat évolue indépendamment des projets politiques du législateur. C'est pourquoi nous pensons que l'extension de la théorie des vices du consentement, notamment à l'obligation d'information, permettrait de s'inscrire dans le cadre du renouvellement de l'approche individualiste du contrat qui n'est pas très soucieuse de la protection du consentement des parties.

197. En outre, pour rejoindre la proposition du Professeur I. Y. Ndiaye avec qui nous sommes en phase, il serait nécessaire d'apporter une modification à l'article 63 du COCC et élargir son champ d'application pour sanctionner le dol sur le fondement de la loyauté qui impose de contracter de bonne foi, dès lors que toute dissimulation intentionnelle d'une information déterminante prive le contrat de son équilibre. Toute rétention d'information, ainsi que le mensonge, doivent être sanctionnée par le dol⁴⁰². Il est donc arrivé sous une ère, où il doit être interprété sous d'autres paradigmes. Pour le moment, il nous faut constater avec

⁴⁰¹ C. A. W. NDIAYE, « Libre propos sur la protection du consentement cinquante ans après » in Colloque international de l'université Assane Seck de Ziguinchor (dir. I. Y. NDIAYE et Autres), *Le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : 50 ans après*, vol. 2, *op. cit.*, p. 404 et s.

P. DAUCHY, « Une conception objective du lien d'obligation, les apports du structuralisme à la théorie du contrat », in, *Archives de philosophie du droit*, t. 26, L'utile et le juste, Sirey, 1981, p. 278.

⁴⁰² I. Y. NDIAYE, « Leçon inaugurale : le COCC, cinquante ans après (regard furtif) », *op. cit.*, p. 32.

contrariété qu'il y a peu d'opinions émises par les spécialistes sur la question de l'assimilation de dissimulation intentionnelle d'informations, c'est-à-dire du mensonge à une manœuvre. Mais nous suggérons au législateur d'aller plus loin en consacrant une disposition juridique autonome au sein du COCC relative à l'obligation générale d'information. En plus d'être un pilier de la stabilité du contrat, elle est également un moyen pour garantir une justice commutative dans les relations contractuelles.

198. Ainsi, outre le déséquilibre contractuel qui découle du défaut d'équivalence des obligations corrélatives, en pratique, les contrats d'affaires, à l'exemple du contrat de franchise, nous offrent des situations d'inégalité informationnelle. Dans celles-ci, ont pu voir le jour des contrats dont le contenu obligationnel découle d'un déficit d'information. Il est donc logique, lorsque le consentement ne remplit pas sa fonction en raison de la rétention d'une information déterminante, que l'équivalence des prestations corrélatives souhaitée soit perturbée.

199. En somme, le droit africain en général, et celui sénégalais en particulier « *ne se présente pas comme un ensemble de règles autonomes par rapport aux mœurs, à la morale ou à la religion* »⁴⁰³. Le droit est donc avant tout la valeur morale⁴⁰⁴, une incarnation des valeurs de la société⁴⁰⁵. À cet égard, le dol pourrait constituer un fondement approprié pour sanctionner un manquement à l'obligation d'information lorsque le déséquilibre contractuel découle d'une réticence, d'une intention malicieuse ou d'un mensonge avec l'intention de tromper son partenaire. En plus de l'obligation d'information qui tire directement sa source de la bonne foi, il arrive que cette dernière serve de référence au législateur pour codifier des obligations dans des circonstances spéciales. Il en va ainsi de l'obligation de minimiser le dommage, consacrée par le droit OHADA.

Sous-section 2 : Bonne foi, moralisation et obligation de minimisation du dommage en droit sénégalais

200. L'obligation de minimiser le dommage, outil de moralisation des contrats d'affaires. Dans une période où les considérations d'humanisation des rapports juridiques et de sécurisation des transactions sont très présentes dans le raisonnement du législateur et de la doctrine contractualiste, l'obligation de minimiser le dommage, outil qui oriente le

⁴⁰³ K. MBAYE, *Sacralité, croyance, pouvoir et droit en Afrique*, éd. CNRS, Paris, 1978, p. 154.

⁴⁰⁴ A. SYLLA, « Droit et morale dans la société wolof », *Revue sénégalaise de philosophie*, n°7-8, Janv-Déc. 1985, p. 152.

⁴⁰⁵ K. MBAYE, *Sacralité, croyance, pouvoir et droit en Afrique*, op. cit., p. 152.

comportement de la victime dicté par l'altruisme, rejoint l'ordonnancement juridique du droit OHADA. Elle s'ajoute aux autres règles comportementales qui sont au service de la moralisation des contrats d'affaires. Et eu égard à l'importance des contrats de vente commerciaux, il n'est pas surprenant de voir l'obligation de minimiser son dommage qui a longtemps été présentée comme l'un des principes phares de la *lex mercatoria*⁴⁰⁶, figurée dans l'instrument d'uniformisation des contrats d'affaires.

201. Plan. Exposons dans un premier temps la consécration de l'obligation de minimiser le dommage en droit de la vente commerciale OHADA (A), avant d'apprécier sa finalité dans un second temps (B).

A- La consécration de l'obligation de minimiser le dommage en droit OHADA

202. L'obligation de minimiser le dommage, objet de la loi. La bonne foi a le « *mérite de mettre en avant l'exigence d'un comportement actif du créancier lésé, l'obligeant ainsi à ne pas se réfugier derrière les clauses du contrat pour en exiger une stricte exécution* »⁴⁰⁷. L'obligation de minimiser le dommage qui peut être imposée à un créancier lésé est une notion issue de la *common law*, la « *mitigation of damages* » établie pour la première fois par une décision de 1872 (Frost c/ Knight). Elle est définie comme « *l'obligation, pour le créancier, de prendre toute mesure propre à limiter le dommage résultant de l'inexécution du contrat, dont l'inobservation l'expose à une réduction des dommages-intérêts si la perte avait pu être évitée* »⁴⁰⁸. Sans doute inspirée par la Convention de La Haye et la Convention de Vienne en matière de vente internationale, elle est consacrée par le droit OHADA de la vente commerciale, à l'article 293 de l'AUDCG⁴⁰⁹. Selon ce texte : « *la partie qui invoque une inexécution des obligations du contrat doit prendre toutes les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter sa perte, ou préserver son gain. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait pu être évitée et du gain qui aurait pu être réalisé* ».

203. Il ressort de ce texte qu'une obligation est mise à la charge du vendeur ou de l'acheteur en cas d'inexécution des obligations contractuelles, de limiter l'aggravation du

⁴⁰⁶ F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, LGDJ, 1992, p. 183 et s.

⁴⁰⁷ P. ACCAOUI LORFING, *La renégociation contractuellement imprévue*, RDAI 2010, p. 35, spec., p. 48.

⁴⁰⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Minimisation des pertes.

⁴⁰⁹ L'obligation de minimiser le dommage en matière de vente commerciale a été consacré par l'Acte uniforme relatif au droit commercial du 17 avril 1997, légèrement modifié par celui révisé du 15 décembre 2010 que l'on retrouve dans le nouveau livre VIII relatif à la vente commerciale.

dommage qui résulte d'un manquement de son cocontractant⁴¹⁰. Plus qu'un simple devoir moral, en pratique, c'est une obligation qui amène à s'interroger sur l'impact que le comportement adopté par le créancier ou la victime, postérieurement au fait dommageable, peut avoir sur le droit à des dommages-intérêts. Il s'agira donc d'apprécier les mesures raisonnables que le créancier lésé a prises, lorsqu'il avait les moyens pour modérer le dommage qui résulte d'une inexécution des obligations contractuelles. À défaut de ce comportement loyal et altruiste guidé par la bonne foi, la sanction au manquement à cette obligation de minimiser le dommage, serait de priver ou réduire le droit à la réparation du dommage qu'elle pouvait limiter ou éviter si elle s'était comportée raisonnablement.

204. Toutefois, contrairement à son intégration dans le droit positif sénégalais par les dispositions du droit OHADA, le droit français ignore totalement l'obligation de minimiser le dommage, même s'il faut reconnaître que les principes contemporains du droit des contrats, à l'exemple de la bonne foi, permettent de fonder cette obligation. Elle est pour l'heure absente des textes et plusieurs fois censurée par la Cour de cassation française dans le domaine délictuel, mais avec une timide évolution vers sa reconnaissance dans le domaine contractuel,⁴¹¹ soutenue par la doctrine⁴¹². La réticence à consacrer l'obligation de minimiser le dommage en droit positif français découle de plusieurs facteurs. Tout d'abord, elle est en contradiction avec les principes traditionnels du droit de la responsabilité, en particulier celui de réparation intégrale du préjudice. De plus, une partie de la doctrine est convaincue de l'inutilité de consacrer la notion, car des techniques contractuelles existent déjà pour atteindre le même objectif⁴¹³. Nous

⁴¹⁰ V°. E. DEWEDI, « L'obligation de modérer le dommage dans l'espace OHADA », OHADATA D-13-45.

⁴¹¹ Le concept apparaît en filigrane dans la jurisprudence française, notamment en matière de préjudice économique sur des décisions relatives à la préservation des droits des garants et de préjudice moral. V°. en ce sens, Cass. civ., 3^e, 30 nov. 2022, n° 22-22163, *RDC* mars 2023, n° 1, note M. Dugué ; Cass. com., 5 déc. 1995, *RJDA*, n° 456, p. 336 ; *RTD civ.* 1996, p. 898, obs. J. Mestre ; Cass. civ. 1^e, 16 juill. 1998, *JCP* 1999, II, 10000, note B. Fages. V. également dans le même sens, CA Paris, 25^e ch. A, 22 juin 2001, *Dalloz* 2002, p. 843, note C. Coulon. En l'espèce pour le juge du fond : « le créancier se voit rétroactivement tenu non seulement de s'abstenir de tout ce qui pourrait nuire au recours subrogatoire du garant, mais encore de faire son possible, en exerçant la plénitude de ses droits à l'égard du débiteur, pour alléger au maximum le droit de la garantie consentie ». Le juge du fond a également sanctionné un distributeur (Auchan) pour rupture abusive d'une relation commerciale établie qui le liait à une société informatique dont le chiffre d'affaires était à 90% assuré par le contrat de mise en place d'un système informatique de protection, intervenue sans préavis écrit dans un délai raisonnable. Le juge du fond reproche au distributeur d'être conscient des risques que sa décision de rompre le contrat pouvaient avoir eu égard d'une telle situation de dépendance et de n'avoir pas de surcroît mis en place des solutions de remplacement pour minimiser l'évolution du dommage. V°. en ce sens, CA. Douai, 15 mars 2001, *Juris-Data*, n° 2001-115252 ; *RTD civ.* 2002, p. 296, obs. B. Fages et J. Mestre ; *Contrats, conc, consom.*, août-sep. 2001, p. 18, obs. Maularie-Vignal.

⁴¹² V. notamment : M. DUGUE, « Obligation de minimiser le dommage en matière contractuelle : où en est-on ? », *RDC* mars 2023, n° 1, p. 34.

⁴¹³ Pour certains auteurs, l'obligation de bonne foi qui impose un comportement spécifique fonde l'obligation de minimiser le dommage et permettrait de parvenir aux mêmes résultats. V. Y. Picod, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge dans l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 57, spéc. n° 12, p.67 : « L'exigence de bonne foi astreint parfois le créancier à l'instar du droit commercial international, à limiter

pensons que sa reconnaissance explicite en droit français, sans qu'elle dépende des notions les plus diverses, à l'exemple de la bonne foi ou du raisonnable, un problème de taille sera écarté : celui de la détermination de son régime juridique. Sa reconnaissance semble logique si l'on sait que la faute de la victime est une cause d'exonération partielle de responsabilité. Pour l'heure, le juge doit procéder en matière contractuelle, par une interprétation par analogie des textes pour trouver une disposition de remplacement. Cependant, cette vision est à l'opposé de celle du droit OHADA qui trouve raisonnable de chercher un équilibre entre les intérêts du responsable du dommage et ceux de la victime qui, par sa négligence, a laissé le dommage s'aggraver alors qu'elle avait les moyens pour limiter son développement. Ce qui semble plus cohérent, dès lors qu'il serait déraisonnable et injuste de mettre à la charge du débiteur du manquement contractuel, la part du dommage imputable au créancier qui a eu un comportement déloyal.

205. Ainsi, à côté de l'intérêt de la victime, le législateur OHADA, pour ne pas être en contradiction avec l'avancée des exigences morales dans les contrats d'affaires, a jugé nécessaire de prendre en compte l'impact que pourrait avoir la négligence du créancier lésé qui n'est pas sans doute conforme à l'intérêt économique du contrat au sens politique et moral⁴¹⁴. Toutefois, au-delà de son caractère légal, les parties peuvent-elles, par une stipulation contractuelle, généraliser l'obligation de minimiser le dommage ?

206. L'obligation de minimiser le dommage matérialisé dans le contrat par une stipulation contractuelle. On l'aura compris, l'une des préoccupations face à l'indolence de la victime qui affecte sa prétention légitime à la réparation du préjudice subi est de trouver un équilibre entre les intérêts de la victime et ceux de l'auteur du dommage pour manquement à l'exécution des obligations du contrat. Parmi les nombreuses clauses qui se rapportent aux conséquences de l'inexécution des obligations du contrat, notamment la clause limitative ou exonératoire de responsabilité, la clause d'indemnisation forfaitaire, la clause pénale, la clause résolutoire ; rien ne semble interdire aux contractants sur le fondement du principe de l'autonomie de la volonté de prévoir une clause imposant à la victime ou au créancier de minimiser le dommage. En effet, l'autonomie de la volonté affirmée avec autorité permet en

l'aggravation de son préjudice. » ; En droit positif français c'est une obligation qui découlerait de la bonne foi. V. en ce sens, B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préface J. Mestre, PUAM, 1997, n° 568, p. 307 ; *Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando*, Dalloz 2003, p. 2386 ; A. LAUDE, « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit français ? », *LPA* 2002, n° 232, p. 55.

⁴¹⁴ J.-L. AUBERT, « La victime peut-elle être obligée de minimiser son dommage ? », *RJDA* 2004, p. 355, spéc. p. 358, n° 26.

principe, sous réserve des lois impératives, de prévoir, en dehors du champ d'application de l'article 293 de l'AUDCG relatif au contrat de vente commerciale, une clause relative à la modération du dommage qui résulterait d'une inexécution des obligations du contrat.

207. Toutefois, en pratique, l'opportunité et la portée de la clause visant à limiter ses préjudices dépendront non seulement de sa clarté de rédaction, qui, si elle est présente, échappera à l'interprétation du juge, mais aussi de son contexte, c'est-à-dire des parties qui peuvent spécifier les mesures concrètes que la victime ou le créancier doit prendre. En somme, comme nous avons pu le constater avec l'analyse des textes, on pourrait considérer que la bonne foi, la loyauté et l'équité fournissent un fondement à l'obligation de minimiser le dommage qui est expressément consacrée en droit OHADA à travers l'AUDCG. Examinons maintenant les utilités que peut avoir cette consécration.

B- L'appréciation de la finalité de l'obligation de minimiser le dommage en droit OHADA

208. La finalité économique de l'obligation de minimiser le dommage dans les contrats d'affaires. L'obligation qui pèse sur le créancier lésé de modérer le dommage consiste à « *prendre toutes mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter sa perte ou préserver son gain* ». À premier abord, le terme « mesures raisonnables » fait état d'une moralisation du contrat d'affaires pour une gestion économique raisonnable du droit à la réparation du préjudice subi pour inexécution des obligations du contrat. En pratique, ce qui est attendu de la partie qui a subi le préjudice, c'est d'avoir un comportement raisonnable à travers les mesures prises, pour limiter l'extension du préjudice et la perte que lui cause l'inexécution de l'obligation contractuelle. Dans la nouvelle version de l'article 293 de l'AUDCG issue de la réforme du 15 décembre 2010, les mesures raisonnables prises doivent permettre, soit de limiter la perte, soit de préserver le gain. En examinant cette disposition, nous pouvons soutenir que la finalité économique apparaît clairement à travers la dénomination même de l'obligation : « minimiser » ou « modérer » le dommage pour limiter la perte ou préserver le gain. La finalité économique de cette obligation, on la retrouve également en droit des contrats américain où elle est fortement ancrée, et dans les commentaires de l'article 7.4.8 des Principes Unidroit⁴¹⁵ des contrats du commerce international.

⁴¹⁵ Cet article précise l'obligation de minimiser le dommage a pour objet « *d'éviter que le créancier n'attende passivement d'être indemnisé pour le préjudice qu'il aurait pu éviter ou limiter* ». Il poursuit pour préciser encore

209. Ainsi, l'une des finalités de l'obligation de minimiser le dommage serait de nature économique et viserait à réduire les coûts de la réparation du dommage. Madame E. C. Tolomé n'a pas manqué de relever cette utilité économique de l'obligation de minimiser le dommage en affirmant qu'« *en effet, ce n'est ni par altruisme pour le débiteur ni pour protéger les intérêts de ce dernier que le créancier minimiserait le dommage. C'est surtout l'intérêt général (...) qui impose au créancier un devoir de limiter son dommage* »⁴¹⁶. Toutefois, nous remettons en question une partie de cette affirmation. Certes, comme le souligne Madame E. C. Tolomé, l'obligation de minimiser le dommage a pour finalité l'intérêt général du marché global ; mais il serait tout aussi nécessaire de reconnaître la place du bon sens, de l'altruisme impliquant un devoir de coopération et de loyauté, qui jouent un rôle de protection de l'intérêt du débiteur. En effet, la maximisation de l'efficacité économique du contrat qui correspond à l'utilité commune au nom de l'intérêt général ne sera atteinte que par la prise en compte de façon altruiste, l'intérêt de son cocontractant. Donc, cette finalité économique de l'obligation de minimiser le dommage est incontestablement liée à tout fondement moral.

210. La finalité morale de l'obligation de minimiser le dommage. La prise en compte de l'intérêt de l'autre partie, comme le prétendent certains auteurs⁴¹⁷, n'est pas totalement étrangère à la matière. Au-delà de son utilité économique, nous pensons que l'obligation de minimiser le dommage comporte une dimension morale qui serait compatible avec la conception actuelle de la nouvelle devise contractuelle : bonne foi, solidarité, altruisme, civisme, loyauté, fraternité... ; pour ajouter quelques exigences morales de celles déjà citées par le Professeur D. Mazeaud. L'obligation de minimiser le dommage est donc une exigence de comportement qui contrôle l'exercice d'un droit à la réparation né de l'inexécution des obligations contractuelles. Le vecteur de cette exigence serait au-delà de l'utilité économique qui est d'ordre général du contrat, la prise en compte de l'intérêt individuel du cocontractant guidé par l'altruisme. Il serait difficile de penser le contraire, puisque qu'en droit OHADA, la priorité est donnée à la prise en compte des intérêts communs et l'efficacité économique du contrat.

qu'il « *ne serait pas raisonnable, d'un point de vue économique, de laisser accroître un dommage que des mesures raisonnables auraient permis de réduire* ».

⁴¹⁶ É. CHAHOUNKA TOLOMÉ, « L'inexécution précontractuelle et contractuelle en droit français et américain : une instructive comparaison », *Gaz. Pal.* 2007, n° 118, p. 13, spéc. n° 78.

⁴¹⁷ C. CASTETS-RENARD, note sous Cass. civ. 2^e, deux arrêts du 19 juin 2003, n° 00-22.302 et n° 01- 13.289, *Bull. civ.* II, n° 203, *JCP* 2003, II, 10170.

211. Il est important de souligner que les exigences morales liées au principe de minimisation des dommages sont bilatérales et non simultanées. En effet, selon l'article 293 de l'AUDCG, chaque partie doit mettre en place des « mesures raisonnables pour limiter le préjudice subi du fait de l'inexécution partielle ou totale du contrat »⁴¹⁸. Le manquement à cette obligation serait considéré comme une faute de comportement qui est la conséquence du non-respect d'une valeur morale ou relationnelle, telle que l'équité, la bonne foi, l'honnêteté, la prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Cette dernière se rattache à l'altruisme, au registre d'une exigence relationnelle et, plus encore pour certains auteurs à l'obligation de solidarité contractuelle, pour évoquer la pensée du Professeur É. Savaux qui soutient que, dans « *la plus nette de l'idée de solidarité, le créancier supporte aussi des obligations* », car il « *doit prévenir le dommage et éviter toute extension des charges du débiteur* »⁴¹⁹. L'obligation de minimiser le dommage qui est un instrument d'utilité commune relèverait donc d'un devoir moral qui permet de rompre avec l'individualisme⁴²⁰.

212. Conclusion de la section 2. L'obligation générale d'information et l'obligation de minimiser le dommage se présentent dans le droit positif sénégalais comme des instruments de manifestation de la moralisation des contrats d'affaires. Elles permettent de limiter l'excès du libéralisme contractuel et compenser les inégalités. L'individualisme, l'égoïsme, l'excès de liberté, la malhonnêteté, etc., cèdent le pas au civisme, à la bonne foi et à la fraternité. Toutefois, certaines règles matricielles de moralisation des contrats d'affaires ne sont pas encore codifiées en droit commun des contrats sénégalais. Même si nous avons pu constater une timide volonté du législateur sénégalais de vouloir sanctionner le manquement à l'obligation d'information, l'absence de texte dans le droit positif le codifiant est à déplorer.

⁴¹⁸ B. FAGES, *Le comportement du contractant*, op.cit., n° 566, p. 306.

⁴¹⁹ É. SAVAUX, « Solidarisme contractuel et formation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), Economica, Paris, 2004, p. 43, spéc. p. 46.

⁴²⁰ E. DEWEDI, « L'obligation de modérer le dommage dans l'espace OHADA », op. cit. ; E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Ed. A. Rousseau, Paris, 1912 ; V. aussi L. JOSSERAND, « L'essor moderne du concept contractuel », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, t. II, Libr. E. Duchemin, 1977, p. 333 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

213. Pour conclure ce chapitre, il peut être observé que, dans le droit positif sénégalais, le processus de moralisation des contrats d'affaires est entamé. Il y a quelques ajustements à apporter et des avancées globales à mettre en évidence, de l'idée initiale du contrat à sa concrétisation. L'état actuel du droit sénégalais des contrats révèle malgré tout une évolution qui se traduit par le rattachement à la recherche d'une sécurité juridique du contrat à travers des règles matricielles du contrat. Il présente une richesse indéniable d'outils juridiques, empreinte de moralité contractuelle, permettant à chacun des contractants de faire valoir ses intérêts.

214. Ces préoccupations ont des fondements rattachés à la moralité contractuelle. Il s'agit, d'une part, de l'exigence d'une cause licite, morale et existante dans les relations contractuelles qui plongent le contrat dans une conception utilitariste et rationaliste. En effet, lorsqu'on constate qu'il est impossible de concilier le déséquilibre contractuel avec toute idée de « contrat juste », c'est parce que la cause a tout son sens d'exister pour justifier l'exécution de l'obligation de chaque contractant. À partir des dispositions du COCC⁴²¹, il est couramment affirmé que le contrôle de l'existence de la cause et le contrôle de la cause illicite ou immorale, viennent non seulement en protection de leurs intérêts individuels⁴²² ; mais aussi en protection de l'intérêt général⁴²³.

Il s'agit, d'autre part, par la consécration de la bonne foi qui reprend substantiellement, et même littéralement les dispositions du Code civil français et les règles jurisprudentielles françaises, d'atténuer les vertus proclamées du principe de l'autonomie de la volonté. En effet, même si le moteur du contrat reste la volonté individuelle, le droit sénégalais des contrats d'affaires tente de faire face à la nouvelle conception du contrat profondément modifiée par les mutations socio-économiques. Indiscutablement, l'obligation d'information et l'obligation de minimiser le dommage sont les principaux instruments choisis par le législateur pour protéger les intérêts jugés sacrés par la société.

215. À l'instar du droit français et du droit américain, ce mouvement de moralisation des contrats d'affaires se justifie par la prise de conscience de concilier le droit avec les données sociales de respect de certaines mesures d'ordre éthique. En effet, *« les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la*

⁴²¹ Article 76 et 77 du Code des Obligations Civiles et Commerciales.

⁴²² Le contrôle de l'exigence d'une cause existante, c'est-à-dire celui de l'existence d'une contrepartie réelle a pour but la protection de l'intérêt individuel de chaque contractant.

⁴²³ Le contrôle de la cause illicite ou immorale, dite cause subjective, vient assurer la protection de l'intérêt général.

*vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si variés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout (...) »*⁴²⁴. L'analyse comparative du droit français, du droit américain et du droit sénégalais nous a permis de déceler que les dispositifs de la moralisation des contrats d'affaires utilisés par ce dernier comportent des incomplétudes et des maladresses de rédaction. Il convient alors en droit sénégalais de revivifier l'obligation de bonne foi et renforcer la protection de l'expression de la volonté et de l'économie du contrat.

⁴²⁴ J. É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801.

Chapitre 3 : Le « *raisonnable* », outil de moralisation des contrats d'affaires en droit américain⁴²⁵

216. Le choix du standard du « *raisonnable* » pour la moralisation des contrats d'affaires en droit américain. Si, en droit français c'est la bonne foi et en droit sénégalais, la cause et la bonne foi qui ont servi comme instrument de référence de la moralisation des contrats d'affaires, en droit américain, c'est le standard du « *raisonnable* » qui a servi de support. C'est pourquoi, après avoir établi qu'en droit américain « *le contrat en tant que tel est constitué de manière relationnelle (...)* », le Professeur Campbell note qu'« *une conduite admissible dans les négociations et l'exécution d'un contrat peut avoir lieu* »⁴²⁶.

217. Très peu réceptive à la redécouverte des principes du droit des contrats issus du droit romain, l'un des traits distinctifs du droit des contrats américain est qu'il comporte des corps de règles développés par le juge en fonction des besoins de la vie des affaires, selon ce qu'un Homme du Moyen-Âge appréhendait comme « juste » et « *raisonnable* ». Les sujets de droit ont acquis à une époque, la liberté de contracter et, en général, la liberté sociale, lesquelles ont inévitablement conduit à des « conflits de libertés » dans les contrats d'affaires. Se développa le standard du « *raisonnable* » pour servir de modèle de référence, permettant d'instaurer en droit américain un idéal moral de réglementation du comportement des parties souvent perçu comme déraisonnable. C'est une figure incontournable du droit américain dont l'expansion a été assurée en droit anglais, par les jugements en équité prononcés par la *Court of Chancery*⁴²⁷ à partir du XIV^e siècle, voire le XV^e siècle pour certains auteurs. C'est une notion aujourd'hui très connue et très souvent confondue avec d'autres notions, telles que la bonne foi, l'équité, le rationnel, la cohérence, *etc.* Elle fait partie de l'ordonnancement juridique de bon nombre de systèmes juridiques comme instrument d'appréciation du comportement des parties et de l'interprétation du contenu du contrat.

⁴²⁵ La notion de droit américain, difficilement définissable, est construit sur une structure fédérale d'États au sein de laquelle coexistent plusieurs droits : le droit fédéral et les droits des 50 États. V° E. ZOLLER, *Le droit des Etats-Unis*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2001, p. 3.

⁴²⁶ D. CAMPBELL, «The Relational Theory of Contract : Selected Works of Ian Macneil », London : Sweet and Maxwell, 2001.

⁴²⁷ O. MORETEAU, « Le raisonnable et le droit : standards, prototypes et interprétation uniforme, in *Ars interpretandi, Journal of legal hermeneutics*, 2002. L'une des missions de la *Court of Chancery* était de « *porter remède aux situations déraisonnables, résultat de l'application rigide de la technique du précédent* ». V° en ce sens, Ch. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, Préf. M. VILLEY, LGDJ, Bibl. phil. du dr. vol. XXIX, 1984.

218. Le standard du « *raisonnable* » est une notion à contenu variable utilisée pour censurer tout droit ou pouvoir exercer de manière déraisonnable⁴²⁸. Dans la définition tirée du *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant, la notion de « *raisonnable* » se définit comme suit : par référence de la personne, *in abstracto* c'est celle « *doué de discernement ; doté d'une capacité normale (moyenne) de comportement* » ; par référence à une mesure, c'est celle « *conforme à la raison ; qui répond plus encore qu'aux exigences de la rationalité (de la logique), à celles d'autres aspirations (usage, bon sens) sans exclure la considération des contingences (l'opportunité, le possible)* »⁴²⁹.

219. Plan. En gardant à l'esprit la finalité de l'utilisation du standard du « *raisonnable* », il est possible de constater un processus de moralisation des contrats d'affaires en droit américain. Nous passerons tout d'abord en revue la notion de « *raisonnable* » comme standard de comportement (**section 1**) ; et ensuite, analyser les obligations dérivées qui sont les plus révélatrices de l'application du standard du « *raisonnable* » (**section 2**).

Section 1 : L'existence d'un standard de comportement dans les contrats d'affaires américains

220. Le standard du « *raisonnable* » dans les contrats d'affaires américains. Il renvoie au comportement rationnel attendu chez une personne dans une situation donnée. Autrement dit, il renvoie pour chaque situation à l'appréciation des comportements en termes d'idéal en observant les pratiques sociales, mais aussi la normalité. Cette dernière a pu être définie comme « *ce qui se rencontre dans la majorité des cas d'une espèce déterminée* »⁴³⁰. Le droit américain dans sa conception originelle est entièrement construit sur la raison, la *reasonableness*. Il se sert du standard du « *raisonnable* », en se fondant sur les critères de normalité pour établir un contrôle de la conformité d'un comportement par rapport à une norme de conduite. Dans cette perspective, à l'instar du droit français et du droit sénégalais, même si une partie de la doctrine du droit américain des contrats est méfiante quant au rapprochement entre le droit et la morale ; soucieux des intérêts légitimes des partenaires contractuels, des règles de conscience ont été consacrées pour combler les limites du droit strict.

⁴²⁸ Ch. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, op. cit., p. 15. « Chaque fois qu'un droit ou un pouvoir quelconque, même discrétionnaire, est accordé à une autorité, ou à une personne de droit privé, ce droit ou ce pouvoir sera censuré s'il s'exerce d'une façon déraisonnable ».

⁴²⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 849 et 850.

⁴³⁰ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, éd. PUF, 10^e éd., Paris 2010. V^o « normalité ».

221. Plan. Nous étudierons tout d'abord l'émergence du « *raisonnable* » dans les contrats d'affaires américains pour comprendre l'utilité de son utilisation (**sous-section 1**), puis ses applications dans le processus de formation du contrat afin de présenter comment le juge l'utilise pour contrôler le consentement des parties (**sous-section 2**).

Sous-section 1 : L'émergence du « *raisonnable* » dans les contrats d'affaires américains

222. L'approche américaine de la notion de « *raisonnable* ». Pour bien comprendre l'utilité du standard du « *raisonnable* » dans le droit des contrats d'affaires américain, il faut d'abord saisir les contours de la notion qui est source de variabilité. On remarque, sauf erreur, que la notion de « *raisonnable* » n'a pas fait l'objet d'une étude générale par la doctrine américaine. Cependant, une notion qualifiée de standard, le « *raisonnable* » est depuis plusieurs siècles d'usage fréquent⁴³¹ en droit américain des contrats. S'il est incontestable que ce dispositif juridique occupe une place importante dans l'histoire de ce système juridique, son présent dans le droit des contrats d'affaires nous intéresse.

223. Plan. Nous allons tout d'abord considérer que la notion de « *raisonnable* » est une norme de valeur (A), ensuite voir son caractère de règle de droit (B).

A- Le « *raisonnable* » comme norme de valeur

224. Historique du standard du « *raisonnable* ». Certains considèrent que la notion de « *raisonnable* » est d'origine religieuse et philosophique⁴³². Sa genèse peut être attribuée à la tradition philosophique, greffée au droit romain par les philosophes moraux, notamment Saint Thomas d'Aquin et Aristote qui croyaient en « *l'existence de vertus naturelles qui inclinent les hommes à agir conformément à la raison juste* »⁴³³. En droit américain, il y a plus de deux siècles que le droit contractuel et celui délictuel exigent le respect des normes de « l'homme raisonnablement prudent »⁴³⁴. Le standard du « *raisonnable* » est le résultat de règles non écrites élaborées par la jurisprudence de *common law*. La doctrine américaine attribue la paternité du « *reasonable man* » à l'arrêt britannique *Vaughan v. Menlove*⁴³⁵ de 1837. Ce

⁴³¹ O. MORETEAU, « Le raisonnable et le droit : standards, prototypes et interprétation uniforme », *op. cit.*

⁴³² J. GORDLEY, « The philosophical origins of modern contract doctrine », 246 (1991); Voir aussi R. POUND, « Outlines of lectures on jurisprudence », 31, 5e éd., 1943.

⁴³³ W. VONLEYDEN, « Aristote sur le droit et la justice » 110 (1985). Le philosophe Aristote voyait le droit comme un « arbitre neutre et impersonnel ».

⁴³⁴ A. L. CORBIN, « Offer and Acceptance, and Some of the Resulting Legal Relations », 26 YALE L.J. 169, 205 (1917).

⁴³⁵ *Vaughan c./ Menlove* (1837), 132 Eng. Rep. 490.

dernier est considéré comme le précédent fondant le standard du « *raisonnable* ». Si la doctrine et les juges voient du standard du « *raisonnable* », la meilleure façon de contraindre les parties à respecter le contrat, c'est parce que la souplesse et l'efficacité sont aujourd'hui la force des relations contractuelles en droit américain. Cela a été rendu possible grâce à la fusion du droit de *common law* et des règles de l'Equity à la fin du XIX^e siècle, permettant de tempérer l'intangibilité du droit des contrats américain.

225. Dans l'arrêt précité⁴³⁶, l'intime conviction du juge l'avait amené à considérer que la question à se poser était celle de savoir « *si le défendeur s'était rendu coupable de négligence grave, en appréciant sa conduite par rapport aux précautions qu'aurait observées un homme prudent* »⁴³⁷. En effet, pour le juge l'appréciation de l'infraction ne devrait pas se faire sur les propres standards de la personne mise en cause ; mais plutôt en faisant référence à la notion de « *man of ordinary prudence* », c'est-à-dire une personne ordinairement prudente. Autrement dit, pour le juge qui fait une appréciation *in abstracto* des éléments du litige, s'il suit les griefs du défendeur, toute imprudence se verrait pardonnée du fait d'une habitude de négligence de la personne. Les notions employées par les juges étaient celles de « *prudent man* », de « *précautions raisonnables* », de « *conduite d'un homme normalement prudent* ». Ces références expliquent sans doute l'attribution, par la doctrine américaine⁴³⁸, de la paternité du standard du « *reasonable man* » à cet arrêt. Le standard du « *reasonable man* » irriguera par la suite la jurisprudence américaine. Bien entendu, avant de se diffuser dans la branche du droit contractuel, le standard du « *reasonable man* » a fait ses premiers pas en situation délictuelle (*torts*).

226. À l'instar du droit américain, nous pouvons constater qu'avec la modernisation du droit des contrats par la réforme de 2016, le droit français a multiplié les références au standard du « *raisonnable* ». En effet, dans les grandes lignes de la loi de ratification du 20 avril 2018, la consécration du standard du « *raisonnable* » vient confirmer l'émergence d'un droit des contrats objectif qui marque, sous l'influence du droit américain, la rupture d'une distinction

⁴³⁶ En l'espèce, le défendeur avait empilé une meule de foin en bordure de propriété sans trop s'en occuper. Il n'avait sans doute pas pris conscience des conséquences de son comportement si le foin venait à prendre feu. C'est ce qui est malheureusement arrivé à cause des grandes chaleurs détruisant l'immeuble voisin. Le problème de droit soumis au juge par l'avocat de la défense était celui de savoir si son client « *avait agi de bonne foi au mieux de ce que son jugement lui permettait* » en relevant au préalable que ce dernier « *avait la malchance de ne pas posséder le plus haut degré d'intelligence* ».

⁴³⁷ *Ibid.*

⁴³⁸ L. CONVERT, « Feu le « bon père de famille » et l'avènement du standard « *raisonnable* » : un pas vers la « *reasonable person* » de *common law* ? », *Tribonien*, vol. 1, n° 1, 2018, pp. 166-183.

stricte de celui-ci avec la tradition civiliste. Toutefois, en faisant l'historique du standard du « *raisonnable* », nous avons relevé une asymétrie d'applications et d'origines dans les deux systèmes juridiques. En effet, pour le droit américain, le standard du « *reasonable man* » puise ses origines dans le domaine délictuel avant de s'étendre au domaine contractuel. Tandis que, pour le droit français, le domaine de prédilection du standard du « *raisonnable* » avait d'abord été celui des relations contractuelles avant d'être diffusé par les juges dans le domaine délictuel où il n'était pas expressément prévu par la loi. Après avoir déterminé ses origines, il convient à ce stade d'étudier le standard du « *raisonnable* » comme norme de valeur comportementale.

227. Le standard du « *raisonnable* », entendu comme une norme de comportement.

Selon A. Aarnio « *ce qui est raisonnable ne peut pas se définir indépendamment d'une prise de position sur les valeurs sociales ou culturelles* »⁴³⁹. Le standard du « *raisonnable* », dans sa fonction, notamment de contrôle de l'utilité du contrat et de l'équilibre des prestations, est une norme de moralisation de la vie des affaires, dès lors qu'il incarne plusieurs exigences concrètes de comportement. En effet, en plus d'être un indicateur de comportement pour le contractant, le standard du « *raisonnable* » est également une exigence de comportement. Elle prend donc forme sur des exigences concrètes, notamment en ce qui a trait aux exigences de cohérence dans la phase de formation du contrat, à l'exemple du « *promissory estoppel* » et du « *duty to mitigate damages* ». Ces deux exigences qui intéressent notre étude seront étudiées en détail un peu plus loin.

228. Selon l'auteur W. E. Joachim, il définit la notion de « *reasonable man* » en droit américain comme « *une personne fictive possédant et exerçant les qualités d'attention, de connaissance, d'intelligence et de jugement que la société requiert de ses membres pour protéger ses intérêts propres et ceux d'autrui* »⁴⁴⁰. C'est une notion pragmatique qui innerve toute la matière contractuelle, laquelle est considérée comme une œuvre « *raisonnable* », car elle est supposée être équilibrée, juste, cohérente et utile⁴⁴¹. À cet effet, le standard du « *raisonnable* », par le référent moral auquel il renvoie, est sollicité discrétionnairement par le juge américain pour veiller aux attentes légitimes des contractants, lorsqu'elles sont présumées être « *raisonnables* ». Il commande également au juge, en tant qu'instrument d'adéquation, d'apprécier si les comportements des parties au contrat, supposés être « *raisonnables* »

⁴³⁹ A. AARNIO, « Le rationnel comme raisonnable » *op. cit.*, p. 140-141.

⁴⁴⁰ W. E. JOACHIM, « The "Reasonable man" in United States and German commercial Law », *The Comparative Law Yearbook of International Business, spec.*, 1992, p. 342.

⁴⁴¹ B. FAGES, *Le comportement du contractant*, *op. cit.*

s'accordent avec les fondements de leurs obligations contractuelles. Ainsi, en admettant que certains contrats conclus entre professionnels puissent être excessivement défavorables pour l'une des parties, une clause *unconscionable*, le droit d'entrée déraisonnable dans une franchise, un délai déraisonnable, un motif déraisonnable de rupture du contrat, sont des situations d'anormalité que l'un des contractants ne devrait pas faire supporter à l'autre. À cet égard, le juge américain, conformément à l'article 2-302 du *Uniform Commercial Code (UCC)* « *est en droit de refuser à un contrat force exécutoires dès lors que celui-ci s'avère unconscionable* »⁴⁴². En effet, ce critère sert à évaluer la conformité du comportement du cocontractant avec les attentes de la relation contractuelle. Il permet également de détecter les incohérences dans le contrat résultant d'un changement de comportement durant sa formation, son exécution ou sa résiliation.

229. Illustration de la manifestation du standard du « *raisonnable* » comme norme de valeur dans les contrats de distribution et de vente. Les contrats de distribution dans le droit américain donnent des exemples d'application du standard du « *raisonnable* » comme modèle de référence de contrôle du comportement qui est indissociable de l'obligation contractuelle. En vertu du *Sherman Act*, la jurisprudence américaine a créé des règles de raison afin d'interdire les restrictions de commerce déraisonnable. En effet, en pratique, le fournisseur ne peut restreindre le droit du fournisseur de vendre les produits concurrents à condition que ceux-ci aient accès au marché en cause. Toutefois, lorsque cette condition fait défaut, le juge américain peut retenir que cette restriction de concurrence est déraisonnable. Outre dans le contrat de vente, selon l'article 2-205 du *Uniform Commercial Code (UCC)*, « *lorsqu'une offre d'achat ou de vente de biens est faite par un commerçant dans un écrit signé dont le contenu assure que l'offre sera maintenue, cette offre n'est pas révoquée pour défaut de considération pendant un délai raisonnable ou pendant le délai fixé qui ne saurait être supérieur à trois mois* ». Par conséquent, prenons l'exemple concret des contrats de fourniture de services. Les obligations de « *reasonable care* », c'est-à-dire de prudence raisonnable, ainsi que celle de « *due diligence* » qui sont imposées aux parties, laissent entrevoir en droit américain une responsabilité fondée sur la faute⁴⁴³. Par un regard un peu plus précis sur ses fonctions, nous pouvons observer que le standard du raisonnable s'apparente à une règle de moralisation du contrat. Ses emplois pour réguler les rapports juridiques se font par référence aux exigences

⁴⁴² §2-302 *Uniform Commercial Code*, repris par §208 du *Restatement Second of Contracts*. V° son application dans le célèbre arrêt, *Williams v. Walker-Thomas Furniture Company* (350 F.2d 445 C.A. D.C. 1965).

⁴⁴³ G. H. TREITEL, « Fault in the Common Law of Contract », in *Liber Amicorum for The Rt. Hon, Lord Wilberforce*, par Maarten BOS et Ian Brownlie, Oxford Clarendon Press. 1987, p. 194.

éthiques imposées par la société à ses membres pour la protection des intérêts des contractants et de l'économie générale du contrat.

B- Le « *raisonnable* » comme norme juridique souple

230. Le « *raisonnable* » comme standard juridique⁴⁴⁴ de régulation des contrats d'affaires. En plus d'être une norme de valeur, le standard du « *raisonnable* » est aussi une norme juridique. Ainsi, tout comme le droit français et le droit sénégalais, le droit américain est aussi très marqué par des considérations morales, lesquelles se manifestent au sein des règles de droit, sous couvert du standard du « *raisonnable* ». De plus en plus d'études⁴⁴⁵ témoignent de son importance en droit et elles sont aujourd'hui orientées vers ce concept considéré comme norme souple⁴⁴⁶ de régulation des relations contractuelles. L'une des manières de concevoir le standard du « *raisonnable* » en droit américain est de dire qu'elle permet aux juges d'user d'un certain pouvoir discrétionnaire pour apprécier ce qui est « concevable », outre de ce qu'ils considèrent être « juste ». Au regard de cette approche, le Professeur Fried nota qu'« *il semble que les relations contractuelles ne dépendent pas de la volonté des parties, mais de jugements moraux de fond imposés de l'extérieur sur ce que devraient être les relations entre les parties* »⁴⁴⁷. Pour prendre en compte ces considérations, la solution choisie par le droit américain est de faire du « *raisonnable* » un standard juridique. Ainsi, il sert à forger un cadre normatif nécessaire à une régulation des rapports juridiques, ainsi que leur environnement extérieur qui compose l'ensemble contractuel. Par exemple, il peut conduire à contraindre les

⁴⁴⁴ Il a pu être noté par le Professeur S. Rials que le standard est « *une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci. Souvent d'origine jurisprudentielle, et en principe dénoté par l'utilisation de certaines formes, le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité* ». S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement de la jurisprudence de l'idée de normalité)*, LGDJ, BDT, t. 135, 1980, n° 93, p. 120.

⁴⁴⁵ G. TIXIER, « la règle de reasonableness dans la jurisprudence anglo-américaine », *RDP* 1956 ; H. A. SCHWARZ-LIEBERMAN, « les notions de *right reason* et de *reasonable man* en droit anglais », in *Les formes de rationalité en droit*, APD, t. 23, 1978 ; L. CHAPET-BRENNAN, *Le concept de comportement raisonnable dans la jurisprudence anglaise et américaine*, thèse droit, Rouen 1984 ; Ch. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, op. cit. ; M. FONTAINE, « *Best effort, reasonable cure, due diligence* et règle de l'art dans les contrats internationaux », *RDAL* 1988, n° 8, p. 983 et s. ; K. P. PAPADIANMANTIS, *Le fondement du concept du raisonnable en droit : étude comparative entre les systèmes de droit continental et de la common law*, thèse droit, Paris 10, 1990 ; O. CORTEN, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international, Discours juridique, raison et contradiction*, préf J. Salemon, Bruylant, 1997 ; A. AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable, La justification en droit*, Paris, LGDJ, La pensée juridique moderne, 1992 ; G. WEISZBRG, *Le raisonnable en droit du commerce international*, thèse droit, Paris 2, 2003 ; L. M. DOUNG, *Le raisonnable en droit économique*, thèse droit, Nice 2004 ; D. MAINGUY « Le "raisonnable" en droit des affaires », in *Les concepts émergents en droit des affaires*, Erik Le Dolley (dir.), LGDJ, collection Droit et économie, juin 2010, p. 307.

⁴⁴⁶ V° en ce sens, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° la notion de standard « Terme anglaise (...) utilisé pour désigner une norme souple fondée sur une critère intentionnellement indéterminé ».

⁴⁴⁷ C. FRIED, « *Contract as promise* » 75 (1981) (emphasis added).

acteurs économiques à inclure, dans le contrat, des obligations qui lui sont extérieures⁴⁴⁸. À cet égard, si le standard du « *raisonnable* » offre aux juges de larges prérogatives et un fondement alternatif lui permettant l'utilisation d'une argumentation casuistique, c'est parce que la morale qui lui sert de support est source de dispositions et d'exigences visant à protéger les intérêts légitimes des parties que le droit strict ne peut garantir.

231. À travers ces observations, il est possible de considérer que le standard du « *raisonnable* » est une norme souple utilisée par le juge américain dans des situations pour lesquelles une règle ne peut *a priori* être formulée afin de mettre en jeu certaines valeurs fondamentales de moralité dans les relations contractuelles. Il trouve de nombreuses applications en droit américain des contrats et régit l'ensemble du droit des contrats d'affaires. C'est donc une règle générale qui se retrouve au stade de la formation, notamment dans la « *consideration* » et dans la vérification de l'existence d'un consentement qui viendrait à former le contrat ou l'exclure. Il intervient également au stade de l'exécution du contrat illustré par l'interprétation des clauses jugées déraisonnables jusqu'au dénouement du contrat.

232. Une référence courante en droit américain des contrats, le standard du « *raisonnable* » marque un mouvement de re-régulation du libéralisme. Eu égard du rôle qu'il joue en tant norme juridique souple, largement admise en droit américain⁴⁴⁹, il est aujourd'hui difficile d'échapper à son champ d'application. Même s'il instaure un dialogue entre la morale et le droit, il faut toutefois souligner que, dans le droit américain, le « *raisonnable* », standard jurisprudentiel, parce que ses conditions d'application entièrement laissées entre les mains du juge, est intrinsèquement lié au droit. Il ne peut être détaché du droit et le « *unreasonable* » ne peut faire partie du domaine du droit⁴⁵⁰.

233. L'utilisation courante du standard du « *raisonnable* », vecteur de valeurs morales et sociales. Le standard du « *raisonnable* » comme norme souple « supra-individuelle » de la tradition juridique américaine est un outil de référence *in abstracto* de compréhension de la volonté des parties, mais aussi un étalon d'appréciation de leur comportement. Il établit une base de confiance dans les relations contractuelles, où l'on attend des contractants une attitude responsable, de l'implication optimale et irréprochable. L'objectif n'est pas d'assurer une parfaite satisfaction des intérêts des contractants, mais plutôt de faciliter

⁴⁴⁸ V° *infra*, n° 253 et s.

⁴⁴⁹ H. A. SCHWARZ-LIEBERMAN, « les notions de *right reason* et de *reasonable man* en droit anglais », *op. cit.*, p. 48.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

les flux économiques. Ainsi, le comportement « *raisonnable* » du contractant est celui qu'est en droit d'attendre son cocontractant, c'est-à-dire une attitude équilibrée et proportionnée⁴⁵¹ eu égard aux exigences éthiques imposées par la société. À titre d'exemple, cette exigence découle particulièrement du contrôle de l'incombance de la « *mitigation damages* » qui pèse sur la victime, comme le stipule le § 350 du « *Restatement Second of contracts* ».

234. L'auteur Olivier Wendell Holmes, qui a également plaidé vigoureusement en faveur de l'idée d'externalité découlant de l'imposition de règles par défaut dans les relations contractuelles, souligne que : « *La loi n'a rien à avoir avec l'état réel de l'esprit des parties. Dans le contrat, comme ailleurs, il faut passer par des externes* »⁴⁵². En droit américain, c'est donc le standard du « *raisonnable* » qui joue ce rôle, dès lors que l'activité sociale du contractant n'est pas distincte de son activité morale, lorsqu'il doit notamment faire œuvre de coopération ou d'altruisme. Ce qui permet d'affirmer que cette approche américaine est aux antipodes de celle française et de celle sénégalaise. En effet, ces derniers placent au supplétif la recherche du sens du contrat par l'utilisation du mécanisme du *raisonnable*, en privilégiant la recherche de la commune intention des parties.

235. Pour conclure, le standard du « *raisonnable* » est vu comme un subterfuge pour les normes éthiques imposées par les tribunaux américains. À ce titre, il fournit aux juges un système opérationnel sur lequel ils se fondent pour appliquer objectivement les règles contractuelles dans diverses situations.

Sous-section 2 : Les applications du « *raisonnable* » dans les contrats d'affaires américains

236. Le « *raisonnable* », instrument d'appréciation prospective de ce qui est nécessaire et suffisant pour réaliser l'utilité de la relation contractuelle. Pour rappel, le contrat est défini en droit américain comme « *un engagement (ou de la promesse contractuelle) reconnu par le droit et qui donne naissance à des droits, mais également à des devoirs (give rise to rights and obligations)* »⁴⁵³. Le standard du « *raisonnable* » apparaît analytiquement

⁴⁵¹ G. KHAIRALLAH, « Le raisonnable en droit privé français, développements récents », op. cit., n° 20, p. 453.

⁴⁵² O. W. HOLMES, « The common Law » 242 (Mark DeWolfe Howe ed., 1963). Le professeur Corbin fait référence aux éléments externes sur lesquels le droit contractuel impose la responsabilité comme étant « fondé sur les principes de justice, de politique et de droit, et non sur la volonté exprimée des parties ». A. L. CORBIN, « Discharge of Contracts », 22 YALE L.J. 513, 515 (1913).

⁴⁵³ R. SÉROUSSI, « Chapitre 3 », « Le droit américain des contrats », in *Introduction aux droits anglais et américain*, Dunod, 2011, p. 119.

comme une norme qui vient suppléer ou adoucir la rigueur de certaines décisions du droit strict. Il comprend une part de subjectivité. Ainsi, pour éviter l'arbitraire et réussir à dégager des solutions cohérentes, le juge américain fait notamment référence aux précédents, à des considérations pratiques, sociales et politiques. Le recours au standard du « *raisonnable* » permet de combler les lacunes « *intra legem* » de la loi laissées par le législateur. Il vient s'ajouter à cette dernière de telle manière qu'il impose des règles d'ordre moral, à même de corriger certaines injustices occasionnées par l'opération contractuelle.

237. En effet, l'individu s'engage souvent sans motif précis, croyant être dans la légitimité de pouvoir se dédire à tout moment. Il fait également légitimement confiance à son partenaire qui n'entend pas honorer sa parole. Des circonstances qui empêchent d'avoir une compréhension immédiate de ce que veulent véritablement les parties et multiplient par conséquent les interventions des juges pour déterminer l'existence d'un accord de volonté par référence au standard du « *raisonnable* ».

238. Plan. Nous allons voir dans cette perspective que le standard du « *raisonnable* » sert d'instrument de vérification de l'existence du contrat (A), mais également d'instrument de contrôle du contenu du contrat (B).

A- Le « *raisonnable* » pour contrôler l'existence du contrat

239. Généralité. Il est classique d'opposer les systèmes juridiques des pays de tradition civiliste, de ceux englobés sous l'appellation de *common law*. La différence qui existe entre les conditions de validité des contrats vient accentuer cette opposition. En effet, après avoir supprimé la cause comme condition de validité des contrats, le droit français exige, en plus de celles énumérées à l'article 1128 du Code civil, dont la liste semble faussement exhaustive, que les parties aient convenu d'une contrepartie non illusoire ni dérisoire lorsqu'elles concluent un contrat à titre onéreux, conformément à l'article 1169 du même code. Le droit sénégalais, de son côté, est resté fidèle à la cause comme condition de validité du contrat. En revanche, la validité du contrat en droit américain exige une « *consideration* »⁴⁵⁴, caractéristique qui le distingue du droit des contrats des systèmes juridiques de tradition civiliste. Ainsi, dans le

⁴⁵⁴ La *consideration* comme condition de formation du contrat a été émise pour la première fois en Angleterre dans une affaire *Rann v. Hughes*, 1778, remontant au XVIII^e siècle. Pour le droit américain, il a fait sienne et c'est ce qui apparaît dans l'affaire *Allegheny College c./ National Chautauqua County Bank of Jamestown*, 246 N.Y. 369 159 N.E. 173 (1927).

processus de formation du contrat, le standard du « *raisonnable* » fait partie de ces concepts qui permettent aux juges d'apprécier le seuil de l'admissible de la *consideration*, élément essentiel de formation du contrat, pour protéger les attentes légitimes créées par la promesse ou l'engagement des parties. Selon le juge américain, le concept de « *consideration* », c'est-à-dire de contrepartie, perd son caractère raisonnable en présence de promesses trompeuses. Cela se produit lorsque cette contrepartie entrave la poursuite de l'objectif commun, soit parce qu'elle est trop floue, soit parce qu'elle est associée à une clause qui perturbe l'équilibre du contrat. Cette approche dégagée par la jurisprudence américaine est très proche de celle consacrée par le législateur français à l'article 1169 du Code civil quant à l'exigence d'une contrepartie non illusoire et non dérisoire. Ainsi, dans son utilisation pour contrôler l'existence du contrat, le « *raisonnable* » joue un double rôle. Il est tout d'abord intégré dans la règle de la théorie objective du consentement pour apprécier le caractère sérieux de l'engagement ; ensuite utilisé pour garantir l'intérêt légitime des parties au contrat en appréciant de caractère suffisant de la contrepartie convenue.

240. La rigidité de la théorie objective du consentement en droit américain atténuée par le standard du raisonnable. Symbole de l'extériorisation de la volonté, dans les contrats d'affaires, le consentement est un gage qui permet d'établir un équilibre objectif entre des partenaires aux intérêts souvent opposés. Il est communément admis par la doctrine américaine que la théorie objective du consentement est un fondement du droit des contrats⁴⁵⁵. Elle permet de garantir, de fait, la conformité des consentements exprimés, le respect de l'autre et un bon ordre social. À cet effet, les juridictions américaines, pour satisfaire à la vertu du « juste » et de la « prudence » qui sont des considérations d'ordre moral, ne peuvent pas donner force obligatoire à un contrat qui serait en écart avec toute « raison ». En effet, il ressort de la théorie objective du consentement, pour juger le contrat comme conclu, l'on ne s'attache pas, comme c'est classiquement le cas en droit français et en droit sénégalais à la volonté interne, mais uniquement à la volonté déclarée⁴⁵⁶. L'intention secrète n'a pas d'importance, seule celle extériorisée est prise en compte dans la détermination de l'existence d'un contrat.

241. Ainsi, selon ce principe posé par la doctrine qui semble faire l'unanimité dans les juridictions américaines, lequel figure clairement dans le *Restatement First of contracts*⁴⁵⁷ et

⁴⁵⁵ P. GAIARDO, *Les théories objective et subjective du contrat : étude critique et comparée (droits français et américain)*, LGDJ, 2020, p. 3 et s.

⁴⁵⁶ *Ibid.*

⁴⁵⁷ Le § 20 relatif à l'accord des volontés du *Restatement First of Contracts* disposait qu'« une manifestation d'accord des volontés par les parties à un contrat consensuel est essentiel à sa formation et les faits par lesquels

repris par le *Restatement Second of contracts*⁴⁵⁸, un contrat est réputé exister si une personne « *raisonnable* », par référence à la volonté extériorisée, a légitimement cru que l'autre partie dans ses déclarations a pris un engagement sérieux de contracter. Toutefois, la règle de théorie objective du consentement connaîtra une atténuation par le recours au standard du « *raisonnable* ». Autrefois littérale, c'est-à-dire scrupuleusement fidèle à la lettre de l'acte par le rejet de tout élément externe du contrat, l'interprétation du contrat en droit américain est devenue contextuelle⁴⁵⁹ sous l'impulsion du standard du « *raisonnable* ». En effet, pour identifier son sens et déterminer son existence, les juridictions font désormais usage du standard du « *raisonnable* » à chaque fois que le contexte de formation du contrat apparaît contraire au bon sens des affaires. Le consentement, au nom de la moralité contractuelle, est donc ici concilié avec la raison et doit être juridiquement cohérent.

242. Nous pouvons aussi noter l'existence d'un *subjectif twist* qui vient atténuer le principe de l'appréciation objective du consentement. Nous retrouvons ces éléments subjectifs de conclusion du contrat, notamment dans le cas de l'appréciation de la croyance légitime d'une partie qui se fonde subjectivement sur le comportement de l'autre partie pour se prévaloir de la conclusion d'un contrat. En pratique, lorsque l'une des conditions imposées aux juges est d'apprécier objectivement la volonté manifestée par les parties de conclure un contrat, ils doivent également s'appuyer sur des éléments subjectifs pour comprendre le sens que l'une des parties a donné au comportement de l'autre. En d'autres termes, lorsque des apparences créées par l'une des parties ont fait naître une croyance légitime, à l'exemple d'un franchiseur qui fait réaliser au candidat à la franchise des travaux de mise en conformité de son local, le juge pourrait considérer que le contrat est conclu en se fondant sur ce qu'une personne « *raisonnable* » pouvait subjectivement comprendre de ce comportement. Ce dernier conduit

un tel accord est manifesté doivent être donné avec l'intention d'effectuer de tels faits ; mais à l'exception des règles posées aux §§ 55, 71 et 72, ni l'accord des volontés internes [mental assent] aux promesses dans les contrats, ni la véritable ou apparente intention que les promesses seront obligatoires ne sont essentiels ».

⁴⁵⁸ Le § 18 du *Restatement Second of Contracts* dispose que « *la manifestation d'un consentement mutuel à un échange exige que chaque partie fasse une promesse ou une action* ». Le principe selon lequel la volonté interne n'est pas prise en compte par le droit sera notamment confirmé par les § 19 (3), 21 (1) et 23 du *Restatement Second of Contracts*. Le § 19 (3) relatif à la manifestation de la volonté par une conduite et non par la parole dispose que « *la conduite d'une personne peut manifester son consentement même s'il ne consent pas en réalité* ». Le § 21 (1) relatif à l'exclusion de la volonté interne comme critère de formation du contrat dispose que « *ni l'accord réel, ni l'apparente intention qu'une promesse sera légalement obligatoire ne sont essentiels à la formation du contrat* ». Et enfin le § 23 dispose qu'« *il est essentiel à un échange que chaque partie manifeste son consentement en faisant référence à la manifestation de l'autre* ». Ces dispositions nous permettent de comprendre plus facilement la règle de la théorie objective du consentement qui permet de s'assurer concrètement que la personne de façon raisonnable a pu se fonder sur la manifestation de la volonté de s'engager de l'autre partie. Ce sont donc les manifestations objectives des volontés qui prévalent comme critère de formation du contrat si effectivement chaque partie peut raisonnablement s'attacher à la manifestation de la volonté de l'autre partie.

⁴⁵⁹ E. MCKENDRICK, *Contract Law*, Oxford University Press, 4^e éd., 2010, p. 375.

l'une des parties à donner raison à l'autre, à croire légitimement à la naissance d'un engagement. Nous pouvons donc relever que, même si c'est la théorie objective qui est officiellement suivie en droit américain des contrats, il est également imprégné d'éléments subjectifs qui sont indispensables pour expliquer certaines règles de conclusion des contrats. Celles-ci sont empreintes de moralité parce que cherchant à satisfaire « à la vertu du juste » de la relation contractuelle et garantir les intérêts légitimes.

243. Le standard du « *raisonnable* » comme garde-fou des intérêts légitimes. À la différence du droit français et du droit sénégalais guidés principalement par la protection de la volonté exprimée par l'entremise de la force obligatoire du contrat, en droit américain, même si celui-ci attache une grande importance au « *meeting of the minds* », ce sont des considérations d'ordre économique qui prévalent dans le contrat. Ce dernier naît alors que, lorsqu'il y a un échange économique, un engagement des deux parties, sans lequel il ne peut exister. C'est pourquoi, à chaque fois qu'ils sont interrogés sur la validité du contrat, les juges américains ont le réflexe de vérifier, en plus des autres conditions de validité du contrat, l'existence d'une « *consideration* » qui n'est pas insignifiante ou fictive⁴⁶⁰. Cette dernière, émise pour la première fois en droit anglais, sert d'instrument de rééquilibrage des relations contractuelles inégales en appréciant la valeur de la contrepartie. Pour cette raison, même si elle est historiquement controversée, la notion de « *consideration* » retrouve à partir du XIX^e siècle, avec l'essor de la théorie moderne des contrats commerciaux en droit américain, tout le sens technique qui lui est aujourd'hui attribué.

244. Ainsi, après la première définition proposée dans le premier *American restatement of contracts* de 1932⁴⁶¹, considérée comme restrictive, le sens attribué à la notion de « *consideration* » a été revu par la jurisprudence. L'arrêt *Hamer c/Sidway*⁴⁶² de 1891 a établi qu'« *une consideration dans le sens de la loi peut consister soit un droit, un intérêt, un profit ou un bénéfice quelconque à une des parties, soit en une abstention, un dommage (detriment), une perte ou une responsabilité, consentie, éprouvée ou assumée par l'autre partie* »⁴⁶³. La définition a été complétée dans le *Restatement Second of Contracts* en faisant référence à la notion de marché ou d'échange de promesses, qui sont plus larges et plus vagues, permettant

⁴⁶⁰ A. A. LEVASSEUR, *Le contrat en droit américain*, 1996, p. 44.

⁴⁶¹ First restatement of contracts : “*Consideration is something bargained for and given in return for the promise*”.

⁴⁶² *Hamer v. Sidway*, Court of appeals of New York, 124 N.Y. 538, 27 N.E. 256 (1891).

⁴⁶³ *Ibid.* « *A valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility given, suffered, or undertaken by the other* ».

ainsi d'éviter de limiter la notion de « *consideration* » à l'accomplissement d'un acte positif. Par conséquent, on peut en conclure que, selon cette définition, la « *consideration* » correspond à une contrepartie, un *quid pro quod*, semblable à la notion de cause dans les contrats synallagmatiques du droit sénégalais.

245. Cela étant, à titre d'illustration de son appréhension comme outil morale et sociale, nous pouvons relever que, dans les contrats de distribution sélective ou exclusive, le fournisseur et le distributeur s'attendent raisonnablement à une « *consideration* » non illusoire ou non insignifiante, nécessaire à la bonne conduite des affaires. En effet, fondé sur la confiance et sur la coopération, le contrat de distribution exige manifestement un apport économique « *raisonnable* ». À cet égard, une « *consideration* » irrationnelle serait contraire aux attentes légitimes des parties, par conséquent non conforme à la morale ou au bon sens. Il apparaît clairement que, dans les contrats d'affaires américains, à travers la « *consideration* » qui est traditionnellement fondée sur les notions de « *benefit* » ou de « *detriment* », l'idée sous-jacente est celle du désir de protéger une confiance « *raisonnable* ». En ce sens, nous pensons que l'exigence d'une « *consideration raisonnable* » justifiant l'engagement des parties pour la validité, par exemple du contrat de distribution, ou de franchise, serait probablement celle d'une « *consideration* » concrètement utile, par laquelle les intérêts des contractants seront pris en compte.

246. Notons enfin que la « *consideration* » qui doit être suffisante, nécessaire et utile pour les parties, appréciée sur le fondement de critères objectifs, tel que le « *raisonnable* » qui renvoie à des exigences d'ordre moral⁴⁶⁴, implique une moralisation du contrat. Utilisé par les juges américains pour constater l'existence du contrat, le standard du « *raisonnable* » sert aussi d'instrument de référence pour vérifier le contenu du contrat.

B- Le « *raisonnable* » pour vérifier le contenu du contrat

247. Le « *raisonnable* », instrument de détermination de la cohérence du contenu du contrat. Le contenu du contrat est présenté comme l'ensemble des droits et obligations qui découlent explicitement ou implicitement des engagements des parties, permettant, par leur interaction, la réalisation du but commun poursuivi⁴⁶⁵. Le système officiel de vérification du

⁴⁶⁴ Pour reprendre les propos du Professeur Sériaux « *pour être d'accord, encore faut-il que la raison s'en mêle, que l'une et l'autre partie reconnaissent le caractère raisonnable des propositions qu'elles se font mutuellement, que, par une suite d'échanges de vue, une conviction commune se dégage : convaincre n'est pas vaincre. Or, la raison, le raisonnable renvoient à l'équitable, au juste...* ». A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, op. cit., p. 27.

⁴⁶⁵ V° L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge, op. cit., p. 157.

contenu du contrat dans le droit américain des contrats passe par la méthode de la solution du « *raisonnable* ». Ce dernier a une fonction à travers laquelle s'effectue un jugement moral du caractère justifié ou non de la relation économique. L'objectif est de rechercher les fondements qui garantissent avec certitude la justesse du contenu du contrat. Ainsi, le processus de vérification de la raisonabilité du contenu du contrat consiste toujours à mettre à la place des parties, la règle par défaut de la personne « *raisonnable* » afin de tirer une conclusion de la normalité des termes de l'échange. Elle sera fondée d'une part, sur une analyse d'équité (de *fairness*) de l'échange ; et d'autre part, sur l'analyse de ce qui est habituel pour les contractants dans le contexte et les circonstances de la relation d'affaires pour y déceler un contenu déterminé qui les engage. Par exemple, en pratique, la détermination implicite de l'étendue des exclusivités territoriales, d'approvisionnement ou de vente qui peut découler sur des coopérations antérieures entre les parties dans le cadre d'un contrat de franchise. Ainsi, sous la bannière du caractère sacré du contrat, le standard du « *raisonnable* » qui donne une empreinte morale et sociale à la règle de droit, offre des canaux pour une interprétation juridiquement efficace du but commun voulu par les parties. C'est donc un support pour les juges américains sur lequel ils pourront appliquer objectivement les règles contractuelles d'exclusion de la conclusion d'un contrat lorsqu'il n'y a pas une manifestation de volonté de s'engager sur un contrat dont le contenu est indéterminé ou imprécis.

248. La valeur morale du test objectif de la détermination du contenu du contrat par rapport aux attentes raisonnables des parties. Le standard du « *raisonnable* » a été proposé en droit américain des contrats d'affaires comme clé de vérification de la conformité des stipulations contractuelles par rapport aux attentes légitimes des parties dans l'espoir d'insuffler dans le contrat un peu de morale, d'équilibre, de justice, de l'éthique pour plus de considération à l'égard de la personne du contractant. En effet, le contenu du contrat qui engage les parties est déterminé en droit américain, en considération de leurs attentes raisonnables (*reasonable exceptions*). L'intérêt de ce mécanisme qui consiste, par une méthode constructive, à faire appel à une considération objective liée à l'intérêt social du contrat permet de limiter l'arbitrage du juge.

249. Illustration jurisprudentielle. Un regard tourné vers le droit des contrats anglais permet d'affirmer l'assimilation de *reasonable exceptions* à une intention de s'obliger qui repose sur des relations d'affaires à long terme avec l'existence d'un droit contractuel. Elle a été illustrée en jurisprudence anglaise dans l'arrêt *Baird Textile Holdings Ltd c/Mark & Spenser*

de 2001⁴⁶⁶. Pendant 30 ans, Baird fournissait périodiquement des vêtements au détaillant Mark & Spenser. Il n'y a jamais eu de contrat écrit régissant leur relation à long terme, mais seulement des séries de commandes de vêtements saisonniers, car la pratique courante à l'époque de M&S était de maintenir des relations souples avec ses fournisseurs. Après 30 ans de collaboration entre les parties, en 1999, M&S a mis fin aux arrangements d'approvisionnement avec Baird. Ce dernier a poursuivi M&S arguant premièrement qu'il y avait un degré élevé de proximité et de coopération au cours de la relation de sorte que l'attente raisonnable était que « M&S allait continuer à faire affaire avec le fabricant saison après saison, année après année »⁴⁶⁷. Deuxièmement, que M&S ne pouvait mettre fin à la relation sans fourniture d'un préavis, soit parce qu'il y avait un contrat implicite entre les parties, soit parce qu'il y a eu un *estoppel*. M&S a fait valoir qu'il n'y avait pas de contrat permanent, mais uniquement des commandes fondées sur des contrats individuels qui ont pris fin après chaque commande. La Cour d'appel anglaise s'est prononcée en faveur de M&S en considérant que l'existence d'un contrat implicite est incertaine dans la mesure où, pour maintenir la flexibilité de la relation, M&S a délibérément décidé de ne pas conclure un contrat pour gouverner la relation de fourniture de vêtements à long terme. Par conséquent, en l'absence de détermination du contenu du contrat, la relation de fourniture de vêtements peut être interrompue à volonté.

Dans cette affaire, l'absence de contrat légal a été déterminante dans la recherche de l'intention de créer une relation contractuelle à long terme. En effet, malgré la relation étroite qui existe entre les parties, pour les juges américains qui ont suivi la même logique que ceux anglais, « les hommes d'affaires doivent être diligents et sont considérés comme conscients que, sans protection contractuelle spécifique, leur activité peut subir des conséquences »⁴⁶⁸.

250. À l'analyse, nous avons pu voir comment le standard du « *raisonnable* » est utilisé en droit américain des contrats pour affirmer que, sans contrat, le fournisseur ne pouvait raisonnablement s'attendre sur le seul fondement de leurs coopérations des précédentes années, que la relation d'affaires se poursuive. La question que les juges se posent face à une partie qui se prévaut de l'existence d'un contrat est celle de savoir si le comportement de l'autre a légitimement suscité sa confiance. Ainsi, il est possible d'affirmer que les contrats ne sont

⁴⁶⁶ *Baird Textile Holdings Ltd v. Mark & Spencer (2001)*, EWCA Civ 274.

⁴⁶⁷ *Ibid* au para. 3. Cette déclaration est venue de l'ancien président-directeur général de M&S.

⁴⁶⁸ Au para. 76. Dicta de Robert GoV J dans *Amalgamated Investment and Property Co Ltd contre Texas Commerce International Bank Ltd* [1982] 1 QB 84 à 107 a été cité : « on peut raisonnablement s'attendre à ce que le bénéficiaire de la promesse apprécie que, pour le rendre contraignant [la promesse] doit être incorporée dans un contrat contraignant ou une modification contractuelle, et qu'il ne peut donc s'en prévaloir en toute sécurité en tant que promesse juridiquement contraignante sans prendre d'abord les mesures nécessaires étapes contractuelles » : *Baird v M&S* au para. 92.

implicites par la conduite que si l'implication et les termes proposés sont suffisamment certains et sans équivoques. Les droits et obligations doivent être suffisamment clairs, et pour les déterminer, l'utilisation du standard du « *raisonnable* » fournit les moyens objectifs aux juges américains.

251. En somme, pour le juge Cadozo qui fait valoir sa conception du droit : le non-respect des normes objectives, tel que le standard du « *raisonnable* », entraînerait une « fin de règne du droit »⁴⁶⁹. Il pense que la jurisprudence doit constamment être mise en relation avec des normes objectives ou externes, à l'exemple du « *raisonnable* » au risque de dégénérer en une jurisprudence de simple sentiment⁴⁷⁰. Ceci aboutit à considérer que le droit américain des contrats chercherait à identifier des solutions moralement et économiquement efficaces, et non des solutions juridiques formelles, déductives bien assises.

252. Conclusion de la section 1. Au regard des développements qui précèdent, il convient de noter que le standard du « *raisonnable* » permet aux juges américains de considérer, conformément aux circonstances, qu'un contrat a été conclu, ou ne l'a jamais été. Il est donc appliqué pour déterminer s'il peut exister une croyance raisonnable de la part du bénéficiaire de la promesse d'une quelconque volonté de s'engager au regard de ce que l'autre partie a dit et fait. C'est certainement en ce sens que le Professeur L. Duong a pu considérer que « *le raisonnable conduit à avoir une lecture réaliste des événements en gardant à l'esprit toutes les incidences qui peuvent en découler* »⁴⁷¹. Ainsi, même s'il est révélé que l'attente raisonnable peut être la clé de l'existence de l'obligation contractuelle, par souci de garantir la sécurité juridique, elle n'est pas pour autant un principe sous-jacent de l'existence d'un contrat.

Maintenant que nous avons identifié les applications du standard du « *raisonnable* » comme un instrument de moralisation du contrat en droit américain, difficile à ignorer dans un environnement contractuel en quête d'équilibre, de justice et d'efficacité économique, voyons ses déclinaisons.

⁴⁶⁹ N. CARDOZO, « *The nature of the judicial process* 89 » (1921).

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ L. DUONG, « le raisonnable dans les principes du droit européen des contrats », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 60, n° 3, 2008, p. 711 à 712.

Section 2 : Les déclinaisons du standard de comportement dans les contrats d'affaires américains

253. Des obligations implicites de moralisation des contrats d'affaires appréciées au regard du standard du « *raisonnable* ». Le droit américain, décrit comme hostile aux concepts flous et imprécis⁴⁷² n'a pas réussi à échapper aux diverses manifestations du standard du « *raisonnable* » comme fondement d'évaluation du comportement permis ou interdit. C'est sur la base de ses vertus que les juges américains, dont les décisions occupent une place dominante dans l'élaboration du droit, trouvent normal d'imposer aux parties un certain nombre d'obligations implicites. Un auteur a mis en évidence le fait que « *l'implication des règles sociales d'équité et de raisonnable est généralement accomplie par le biais de la fabrication de la personne raisonnable* »⁴⁷³. Le droit américain est donc guidé par une quête de rationalité dans les relations économiques.

254. Plan. Dans les contrats d'affaires, chaque contractant « *est en droit d'attendre de l'autre qu'il agisse de manière cohérente et raisonnable* »⁴⁷⁴, et qu'il fasse « *ce qui peut raisonnablement être attendu en des circonstances ordinaires* »⁴⁷⁵. Seront étudiées comme obligations dérivées les plus marquantes des manifestations du standard du « *raisonnable* » dans les contrats d'affaires du droit américain, le « *duty to mitigate damages* » (**sous-section 1**) et le concept de « *promissory estoppel* » (**sous-section 2**).

Sous-section 1 : L'existence du « *duty to mitigate damages* » en droit américain

255. La probité des comportements dans les contrats d'affaires de droit américain. L'utilisation du standard du « *raisonnable* » pour déterminer ce qui aurait dû être fait et ce qui devrait être fait révèle la « phase éthique » de la relation contractuelle. À moins que cela soit impossible ou difficile à réaliser pour les parties, le droit américain qui tend à protéger l'intérêt économique du contrat, cherche toujours à donner un effet positif à une relation juridique afin de la doter de toute son efficacité et ainsi atteindre le niveau de satisfaction optimale des attentes légitimes des parties. Pour cela, il s'est traditionnellement approprié la règle de l'obligation de

⁴⁷² Y.-M. LATHIER, *Droit comparé*, Dalloz 2009, n° 95, p. 100 ; N. MacCORMICK, « On Reasonableness », in « Les notions à contenu variable en droit », Travaux du C.N.R.L., Études publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruylant, Bruxelles, 1984, p.131, spéc. p. 132-133.

⁴⁷³ Larry A. DIMATTEO, « The Counterpoise of Contracts : The Reasonable Person Standard And the Subjectivity of Judgement », *South Carolina Law Review*, Winter 1997 pp. 293 s.

⁴⁷⁴ O. MORÉTEAU, *L'estoppel et la protection de confiance légitime*, th. Lyon III, 1990.

⁴⁷⁵ *The Europa Dean v. Richard* (1963), cité par E. ERRANTE, *Le droit anglo-américain des contrats*, LGDJ-Jupiter, 2^e éd., 2001.

modérer son propre dommage. Elle est mise en exergue par la jurisprudence en imposant au créancier, victime d'un manquement d'une obligation contractuelle pour inexécution, de prendre toutes les mesures raisonnables afin de limiter l'étendue du préjudice subi.

256. Plan. Dictée par le bon sens, l'obligation pour la victime de minimiser son dommage est un bon exemple de la manifestation du standard du « *raisonnable* » dans le droit américain des contrats d'affaires. Pour une étude instructive de cette règle de conduite qui s'est imposée comme principe dans le droit américain, nous allons tout d'abord parcourir les fondements ayant justifié sa consécration (A) avant de nous pencher sur son contenu (B).

A- Les fondements du « *duty to mitigate damages* »

257. Une obligation de *prima facie* d'ordre économique en droit américain des contrats d'affaires. L'obligation de minimiser le dommage qui pèse sur le créancier lésé dans ses rapports contractuels avec l'auteur du dommage repose sur le devoir altruiste de prise en compte de l'intérêt de son cocontractant défaillant. D'une manière générale, à l'instar du droit OHADA⁴⁷⁶, dans le droit américain des contrats d'affaires, les fondements qui commandent le « *duty to mitigate damages* », au premier abord, sont d'ordre économique. Faisant appel au standard du « *raisonnable* », le droit des contrats d'affaires américain, à travers, notamment, le § 350 du *Restatement Second of Contracts*, a fait naître un ensemble de règles de comportement qui s'impose aux parties au contrat. Parmi ces devoirs, il y a celui mis à la charge du créancier d'éviter au débiteur défaillant des dépenses inutiles en prenant les mesures raisonnables, nécessaires à préserver l'économie du contrat⁴⁷⁷.

258. En pratique, le premier exemple qui illustre parfaitement la manifestation de cette obligation de « *duty to mitigate damages* », c'est lorsque le distributeur se voit imposer de trouver des solutions de remplacement. Il doit ainsi trouver un nouveau marché en cas de rupture brutale de la relation contractuelle afin de limiter les pertes qui y sont associées. Toutefois, cette obligation s'impose à lui, sous réserve qu'il existe un « *available market* », c'est-à-dire un marché accessible où il peut raisonnablement s'attendre à ce que ses opérations économiques y soient possibles⁴⁷⁸. On constate encore une fois qu'au nom de la valeur économique que représentent les contrats d'affaires, le système juridique américain est

⁴⁷⁶ V° *Supra*, n° 208 et s.

⁴⁷⁷ E. MCKENDRICK, *Contract Law*, 11^e éd., London, Palgrave Macmillan, 2015, spéc. p. 357 et s.

⁴⁷⁸ M. ELLAND-GOLDSMITH, « Note sur la « mitigation of damages » en droit américain », R.D.A.I., 1987, 359. Pour une approche comparée, V° A. MICHAUD, « *Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contrat* », R.G.D. 1984. 293.

extrêmement sensible à l'inefficacité et aux pertes que la défaillance à une obligation contractuelle pourrait engendrer. Ainsi, la meilleure façon de modérer les coûts sociaux qui pourraient découler de l'inexécution de l'obligation contractuelle initiale, c'est d'imposer au créancier lésé, une obligation morale de diligence raisonnable. Nous pouvons donc affirmer que les obligations contractuelles ne tirent pas uniquement leur légitimité de la théorie pure du droit, mais également des valeurs morales partagées, pratiques, politiques et sociales.

259. À la lumière de ces observations, le fait d'affirmer que prendre de simples mesures raisonnables aurait pu permettre de compenser partiellement, voir totalement les pertes, on peut voir clairement le besoin pour le droit américain des contrats d'affaires de préserver l'économie générale du contrat en privant, si c'est justifié par le standard du « *raisonnable* », le droit du créancier de réclamer la totalité des dommages-intérêts couvrant les pertes subies. Des éléments purement économiques seront pris en compte par le juge pour établir la défaillance du créancier lésé en ce qui concerne son obligation de prendre des mesures raisonnables visant à minimiser son dommage.

260. Ainsi, le « *duty to mitigate damages* » s'inscrit en droit américain des contrats d'affaires dans une logique d'efficacité économique du contrat, qui se comprend, en quelque sorte, aux impératifs particuliers du fonctionnement de la vie des affaires. En imposant au créancier lésé de prendre des mesures raisonnables et nécessaires dans l'optique d'atténuer son dommage, au-delà de toute considération économique, il est également possible de rattacher le « *duty to mitigate damages* » à des exigences d'ordre éthique. Lorsque les intérêts des parties au contrat sont convergents, l'intérêt commun, voire celui d'autrui, devient plus important que l'intérêt individuel. Par ce raisonnement, il découle de cette obligation de prendre en compte les intérêts économiques de son cocontractant, un devoir moral implicite de coopération.

261. Une manifestation implicite du devoir de coopération en droit américain : une exigence morale de comportement. L'autre angle d'analyse que nous pouvons exploiter est celui du rapprochement du principe du « *duty to mitigate damages* » au devoir de collaboration ou de coopération, qui est la conséquence logique de la prise en compte des intérêts de l'autre, imposée par ce principe. Dans l'arrêt *Bulkhaul Limited c. Rhodia Organique fine Ltd*⁴⁷⁹, le raisonnement des juges était en partie fondé sur ce devoir de collaboration. Sur les indices utilisés, les juges ont pu constater le refus systématique du créancier lésé de communiquer avec

⁴⁷⁹ *Bulkhaul Limited v. Rhodia Organique Fine Ltd (Court of Appeal (Civil Division))* 18 Décembre 2008, EWCA Civ 1452.

les potentiels repreneurs que le débiteur défaillant avait contactés, alors qu'il aurait pu coopérer afin de trouver une solution de remplacement. Alors, indépendamment de la défaillance du débiteur, le créancier lésé a un devoir de coopération, qui pourrait atténuer son dommage. Quitte à s'écarter du contenu contractuel, c'est-à-dire de ce que les parties avaient convenu dans le contrat, la finalité recherchée est de protéger les intérêts raisonnables des parties, même en cas de défaillance. Cela étant, il apparaît implicitement en droit américain des contrats d'affaires que le mécanisme de modérer son propre dommage, imposé par l'*UCC*, et le *Restatement Second of Contracts*⁴⁸⁰ favorise un devoir de coopération entre le débiteur défaillant et le créancier lésé. C'est donc un comportement altruiste qui est attendu de la part du créancier lésé.

262. Il est tout à fait possible aujourd'hui de soutenir que, même si elle n'est pas expressément reconnue comme un principe général en droit américain, nous constatons à travers la manifestation du « *duty to mitigate damages* », les empreintes du devoir de bonne foi, lequel gouverne le comportement des parties même après l'extinction du contrat. En effet, la bonne foi qui implique un comportement loyal est en conformité avec le devoir de coopération imposé au créancier lésé d'entreprendre des démarches raisonnables dans le but de limiter le dommage. Le droit américain des contrats d'affaires n'est pas donc favorable à la passivité du créancier lésé qui vient ruiner l'efficacité économique du contrat et l'équilibre du bien-être commun qui sont censés être préservés même après son extinction. La loyauté que les parties se doivent en partageant la relation contractuelle ne saurait disparaître totalement à l'issue de celle-ci. C'est pourquoi les fondements du « *duty to mitigate damages* » ne sont pas uniquement d'ordre économique, ils sont également d'ordre moral.

263. Cependant, les explications d'ordre juridique que nous pouvons donner sur le fondement du principe du « *duty to mitigate damages* » pourraient être trouvées sur le standard juridique du « *raisonnable* » consacré comme règle juridique de régulation du comportement des parties. En effet, l'idée serait de sanctionner un écart de conduite du créancier lésé lorsqu'il ne prend pas des mesures raisonnables pour minimiser son dommage, parce que négligent ou non diligent. Par conséquent, appréhendée de cette manière, pour certains auteurs, il s'agit d'une faute qui cause un dommage au débiteur défaillant⁴⁸¹.

264. En somme, même si l'ambiguïté intrinsèque du standard du « *raisonnable* » qui découle de l'absence de critères d'appréciation de son utilisation pour les juges est souvent

⁴⁸⁰ *Uniform Code Américain* : articles 2-708 et 2-713 ; et le *Restatement Second of Contracts* : § 350.

⁴⁸¹ V. en ce sens, S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, op. cit., n° 254, p. 152.

décriée, c'est sur ces divers fondements économiques, sociaux et moraux que le droit américain des contrats d'affaires arrive à contraindre le créancier lésé à observer cette obligation empreinte de moralité contractuelle.

B- Le contenu du « *duty to mitigate damages* »

265. La réduction de l'étendue de la réparation du préjudice contractuel par le mécanisme de l'obligation de minimiser le dommage. En examinant ses origines, il apparaît clairement que c'est dans les systèmes juridiques de la *common law* que la règle de l'obligation de minimiser le dommage a été dégagée pour la première fois par la jurisprudence anglaise⁴⁸². L'arrêt révélateur de la règle de l'obligation de minimiser le dommage a été celui de 1872, dans l'affaire *Frost c/Knight*. La Cour a statué que, « *lors de l'évaluation des dommages-intérêts pour inexécution du contrat, un jury, sans doute, tiendra compte de tout ce que le demandeur aura fait, ou avait les moyens de faire et, en tant qu'homme prudent, aurait dû faire pour que sa perte soit diminuée* »⁴⁸³. C'est sans doute la première formulation générale du principe de « *mitigation of damages* ».

266. Cependant, c'est quelques années plus tard, plus exactement en 1879, dans l'affaire *Dunkirk Colliery Co c/Lever*, que la règle de l'obligation de minimiser le dommage sera encore mieux précisée. Le juge L. J. James avait donné au principe sa formulation classique en ses termes : « *les demandeurs sont en droit d'être indemnisés du montant intégral du préjudice qu'ils ont subi en raison de l'inexécution du contrat ; en même temps, celui qui n'a pas exécuté ne doit pas être assujéti à une perte supplémentaire provenant du fait que les demandeurs n'ont pas fait ce qu'ils devaient faire en tant qu'hommes raisonnables (en vue de limiter l'importance du préjudice)* ». On retrouve le même raisonnement dans l'arrêt *British Westinghouse and Manufacturing Co Ltd. c. Underground Electric Ry. Co. of London Ltd* de 1912, où le juge L. C. Haldane fixa le sens et la teneur du principe de « *duty to mitigate*

⁴⁸² V. en ce sens en examinant ses origines anglais et américain : C. SCHMITTHOF, *The duty to mitigate damages*, J. Bus. L. 1961. 361 ; G. H. TREITEL, *The Law of Contract*, 6^e éd., 1983, p. 736 s. ; Ch. GOETZ et R. E. SCOTT, *The mitigation principle : toward a general theory of contractual obligation*, Virginia Law Review, 1983. 967 ; G. C. CHESHIRE, C. H. S. FIFOOT et M. P. FURMSTON, *The Law of Contract*, 11^e éd., Butterworths, 1986, p. 598 s. ; ; A. I. OGUS, *The Law of damages*, Butterworths, 1973, p. 85 ; M. G. BRIDGE, *Mitigation of Damages and the Meaning of Avoidable Loss*, 105, L.Q.R. 398, 423 (1989). Pour les la langue française voir en ce sens : S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, préf. H. MUIR WATT, PUAM, 2002, n° 25 et s., p. 33 et s. ; R. DAVID et D. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, 2^e éd., avec la collaboration de F. GRIVART DE KERSTRAT, L.G.D.J., 1985, n° 450, p. 334 ; A. I. OGUS, *Remèdes, Rapport anglais*, in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la direction de D. TALLON et de D. HARRIS, L.G.D.J., 1987, V. partie, n° 70, p. 304, n° 106, p. 324.

⁴⁸³ L'affaire *Frost c/ Knight* (1872) 7 Ex. 111, citée par Ch. André, *Le fait du créancier contractuel*, préf. G. Viney, Bibliothèque de droit privé, t. 356, LGDJ, 2002, p. 233 à 236, n° 777 à 785.

damages »⁴⁸⁴. Plusieurs décisions se sont succédé pour confirmer le contenu de ce principe de « *duty to mitigation of damages* ».

267. Toutefois, si on s'intéresse au droit américain, d'origine prétorienne, l'obligation de minimiser le dommage a été consacrée depuis fort longtemps⁴⁸⁵ après son émergence en droit anglais. Pour la doctrine « *of mitigation of damages* », si sa première manifestation dans la jurisprudence américaine remonte au XVII^e siècle⁴⁸⁶, le « *duty to mitigate damages* » en matière contractuelle a été illustré de façon célèbre dans l'arrêt *Rockingham County c. Luten Bridge Co* de 1929⁴⁸⁷. Dans cette affaire, il s'agissait d'une action en justice intentée devant la Cour d'appel du quatrième circuit des États-Unis par le Comté de *Rockingham* contre la *Luten Bridge Company*. En première instance, il avait obtenu du tribunal le montant total de la réparation demandée. Pour le comté de *Rockingham*, situé en Caroline du Nord, la demanderesse ne pouvait obtenir l'allocation d'un montant prétendument dû en vertu d'un contrat de construction de pont résilié. Il soutient qu'un avis d'annulation a été donné à la société avant le début de la construction du pont, et qu'elle n'est responsable que des dommages que la compagnie aurait subis si elle avait abandonné la construction à ce moment-là. Pour la Cour, la demanderesse avait le devoir d'arrêter la construction du pont et que, raisonnablement, un entrepreneur ne peut continuer des travaux et augmenter les dommages découlant de la rupture du contrat.

268. De jurisprudence constante en droit américain des contrats, où il s'est fortement ancré, sa persistance a conduit la règle de l'obligation de minimiser le dommage à sa consécration légale dans le système juridique américain. Elle aura connu une double consécration textuelle. Tout d'abord, dans les dispositions des articles 2-708 et 2-713 du *UCC* qui reprennent avec similitude l'esprit des textes de référence du principe du *Sale of Goods Act*

⁴⁸⁴ *British Westinghouse and Manufacturing Co Ltd. c. Underground Electric Railways Company of London Ltd* [1912] AC 673, voir p. 689 : Dans cette affaire, un contrat de vente et de livraison par le défendeur de tribunes à vapeurs et d'alternateurs à haute vitesse pour l'exploitation d'un chemin de fer a été conclu avec le demandeur. Pour le demandeur, le matériel reçu était de qualité inférieure à celui prévu au contrat et a occasionné des charges supplémentaires dues à une perte de productivité. L'acheteur intente alors une action pour réclamer une indemnisation pour les dépenses occasionnées par la perte de productivité. Pour le juge Haldane, « le principe fondamental, c'est l'indemnisation de la perte pécuniaire découlant normalement de l'inexécution. Mais ce premier principe est corrigé par un deuxième qui impose au demandeur le devoir de prendre toutes les mesures raisonnables en vue de limiter l'importance de la perte résultant de l'inexécution, et lui interdit de réclamer la perte causée par sa passivité ».

⁴⁸⁵ V. M. ELLAND-GOLDSMITH, « Note sur la « mitigation of damages » en droit américain », R.D.A.I. 1987, p. 347 et s. ; S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, op. cit., n° 38 et s.

⁴⁸⁶ A. FARNSWORTH, *On Contracts*, 1990, § 12. 12.

⁴⁸⁷ *Rockingham County c. Luten Bridge Co.*, 35 F. 2d 301 (4th Cir. 1929).

anglais⁴⁸⁸. Ensuite, elle sera réaffirmée dans le § 350 du *Restatement Second of Contracts* de 1981⁴⁸⁹ qui dispose que : « (1) sauf indication contraire au § 2, les dommages-intérêts ne peuvent être recouverts pour une perte que la partie lésée aurait pu éviter sans risque, fardeau ou humiliation indus. (2) La règle énoncée au § 1 n'empêche pas la partie lésée de se rétablir dans la mesure où elle a fait des efforts raisonnables, mais infructueux, pour éviter la perte ».

269. Si instinctivement nous comprenons le sens du principe du « *duty to mitigate damages* » à travers ses textes, lui donner un contenu précis semble être plus difficile. Toutefois, pour identifier son contenu, le choix fait est celui d'une double approche normative du principe dont chacune comporte une dimension morale. La première est celle qui permet au demandeur d'être indemnisé et de recouvrer les dépenses qu'il a raisonnablement effectuées dans l'optique de minimiser son dommage. Et inversement, le deuxième est celui qui prive la victime d'un droit à toute l'étendue de la réparation du préjudice subi lorsqu'elle n'a pas pris les mesures raisonnables qui auraient pu éviter l'aggravation du dommage. Dans ces perspectives, le principe du « *duty to mitigate damages* », tel qu'énoncé dans les diverses sources du droit américain des contrats d'affaires, apparaît incontestablement comme une norme de conduite implicite imposée à la victime dans l'intérêt économique du contrat et du débiteur. En revanche, à la différence du droit OHADA, où l'obligation du « *duty to mitigate damages* » est explicitement énoncée à l'article 293 de l'AUDCG comme une obligation à la charge du créancier lésé, en droit américain, il semble être implicitement perçu comme une incitation morale à l'égard du créancier lésé à adopter un comportement sensé afin de pouvoir prétendre à une réparation adéquate de son préjudice.

270. La pertinence du « *duty to mitigate damages* » pour moraliser les contrats d'affaires. Il semble que ce soit sous l'influence de la morale que l'esprit du droit des contrats d'affaires américain ait évolué. La jurisprudence a œuvré en ce sens par l'utilisation de la notion de « *raisonnable* » qui a désormais une influence sur le comportement des parties. Ce devoir moral mis à la charge de la victime d'une inexécution d'obligations contractuelles a un impact pratique très concret dans les contrats d'affaires. En effet, en recherchant le bon sens et la

⁴⁸⁸ Pour ces textes, v. *supra*, article 50 et 51 du *Sale of Goods Act* anglais. Article 2-708 du *Uniform Commercial Code* : « [...] the measure of damage for non-acceptance or repudiation by the buyer is the difference between the market price at the time and place for tender and the unpaid contract price [...] ». Article 2-713 du *Uniform Commercial Code* : « [...] the measure of damage for non-delivery or repudiation by the seller is the difference between the market price at the time when the buyer learned of the breach and the contract price [...] ».

⁴⁸⁹ V. B. HANOTIAU, *Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international*, R.D.I.A 1987, n° 25, p. 396 ; CORBIN, *Restatement of the Law Second, Torts*, St. Paul, 1979.

justice, l'obligation de minimiser les dommages se place dans la perspective de privilégier la préservation de l'intérêt économique des contrats d'affaires. Cette remarque conforte ainsi l'idée selon laquelle, la relation contractuelle doit être « *raisonnable* » et ne doit pas se heurter aux comportements déloyaux des contractants. En faisant primer des exigences éthiques contraires au principe de la force obligatoire du contrat, le droit américain poursuit un objectif de pragmatisme et d'efficacité économique du contrat, lequel n'a pas bonne presse dans la doctrine majoritaire française.

271. D'ailleurs, au regard du pouvoir accordé au juge américain, cela lui permet d'apprécier souverainement le caractère « *raisonnable* » du comportement de la victime et, en cas de non-respect de l'obligation de minimiser son dommage, à réduire en conséquence les dommages-intérêts accordés au créancier de l'obligation inexécutée. Ainsi, eu égard aux exigences imposées au créancier lésé, c'est-à-dire de prendre des mesures raisonnables en vue de limiter son dommage, le principe du « *duty to mitigate damages* » s'apparente à une obligation de moyens. C'est donc sur le fondement de la nature de cette obligation que la jurisprudence américaine décide que « *le créancier n'est pas dans l'obligation de prendre des risques financiers en vue de limiter son dommage ni de prendre des mesures susceptibles de porter atteinte à sa réputation commerciale* »⁴⁹⁰. Toutefois, le manquement à l'obligation de minimiser son dommage a pour conséquence directe d'affecter l'étendue du droit à l'indemnisation.

272. En définitive, telle est la substance du principe du « *duty to mitigate damages* », déterminée par le caractère raisonnable des mesures attendues chez le créancier lésé. Il confère au droit américain des contrats d'affaires une certaine particularité de l'évaluation du préjudice et influence le principe de l'obtention de la réparation ainsi que de son étendue. En revanche, c'est une obligation que la jurisprudence française n'a pas encore unanimement admise en matière contractuelle. À présent, il convient de s'intéresser aux exigences du standard du « *raisonnable* » qui se traduisent également par le concept de « *promissory estoppel* ».

⁴⁹⁰ V. O. MORÉTEAU, *Droit anglais des affaires*, op. cit., n° 705, p. 408. *James Finlay & Finlay Co. Ltd. Kwik Hoo Tong* (1929) 1 K.B. 400 ; V. également R. DAVID et D. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, 2^e éd., avec la participation de F. GRIVART DE KERSTRAT, L.G.D.J., 1985, n° 450, p. 333.

Sous-section 2 : La reconnaissance du « promissory estoppel » en droit américain

273. Le concept de « *promissory estoppel* » dans les contrats d'affaires américains a déjà fait l'objet de plusieurs études⁴⁹¹. Il convient de revenir à nouveau sur les hypothèses de cette même étude sur les manifestations et l'utilité de ce concept dans le processus de moralisation des contrats d'affaires. Il fut un temps où la *consideration* était une condition obligatoire, sans laquelle le contrat ne pouvait être conclu. Cependant, pour combler ses lacunes, le concept de « *promissory estoppel* », une théorie de l'équité, a été développé afin de contourner l'exigence de la *consideration* qui manquait souvent dans certains engagements. À la différence de l'état de nature, où « *l'homme est libre de dire et de se dédire* »⁴⁹², le droit protège la confiance. Ainsi, la rétractation d'une promesse qui a suscité de la confiance légitime chez son bénéficiaire est difficile à admettre lorsqu'elle crée une situation injuste⁴⁹³. Selon la doctrine de l'*estoppel*, l'obligation contractuelle doit avoir pour fondement, l'obligation morale de respecter sa promesse⁴⁹⁴. La théorie du concept de « *promissory estoppel* » est loin de faire l'unanimité dans la doctrine américaine. Il faut donc se questionner sur ses contours et ses limites.

274. Plan. Dans un premier temps, nous analyserons les origines (A) du concept de « *promissory estoppel* ». Ensuite, dans un deuxième temps, nous examinerons ses implications (B) dans le droit américain des contrats d'affaires.

A- Les origines du « *promissory estoppel* »

275. La notion de « *promissory estoppel* ». L'histoire et la sémantique confirment que le concept de « *promissory estoppel* » a également une origine américaine, même si les premières origines sont attribuées aux lois anglaises. Le concept de « *promissory estoppel* » s'est profondément enraciné dans le système juridique américain, passant de l'oral à l'écrit. Le terme qui vient du vieux français « étoupe » et qui a traversé la Manche grâce au duc Guillaume, semble tant familier aux juristes des systèmes juridiques de la *common law*, qu'aux civilistes⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ V. notamment, B. NDAW, « Le concept de « *promissory estoppel* » développé en common law », *Revue AFDD*, bull. n° 26, 2021, pp. 18-28.

⁴⁹² SPINOZA, *Traité de l'autorité politique*, publié en 1677 dans les *Opera posthuma*, trad. franç. In SPINOZA, *Œuvres complètes*, éd. La Pléiade, 1954, p. 928.

⁴⁹³ Sur la rétractation de la promesse, V°. N. MOLFESSIS, « Rétractation et liberté contractuelle », *JCP G* 2020, n°20, p. 738.

⁴⁹⁴ V. not. E. COKE, *Institutes of the Laws of England*, Londres, 1628, p. 667 s. ; F. HARGRAVE et C. BUTLER (dir.), 19^{ème} éd., Londres, 1832 ; Fried (Ch.), *Contract as Promise*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1981.

⁴⁹⁵ J. DARGENT, *Une théorie originale du droit anglais en matière de preuve : la doctrine de l'estoppel*, Thèse Grenoble, 1943, at 232.

276. Le concept de « *promissory estoppel* » qui a très tôt retenu l'attention de la doctrine américaine, est défini comme « un mécanisme qui empêche une personne de faire valoir une action ou un droit qui contredit ce que l'on a dit ou fait précédemment ou ce qui a été légalement établi comme étant vrai »⁴⁹⁶. La théorie de « *promissory estoppel* » a été illustrée par Karl Llewellyn de l'École de la pensée réaliste qui est à l'origine du premier *Restatement of the Law of Contracts* de 1932⁴⁹⁷. La théorie a ensuite été consacrée lors du *Second Restatement of Contracts*. Cette consécration a permis de réduire l'étendue de la place accordée à la *consideration* parmi les éléments essentiels de formation du contrat. Toutefois, il convient de relever qu'il n'existe pas vraiment d'équivalent du terme de « *promissory estoppel* » en langue française. Mais, conformément à l'usage, on considère traditionnellement que la notion renvoie à l'interdiction faite à l'auteur d'une promesse de revenir sur sa parole lorsque celle-ci a créé une confiance légitime chez son bénéficiaire.

277. Un regard en droit anglais nous révèle que c'est dès le XIX^e siècle, avec l'arrêt *Hughes v. Metropolitan Railway*⁴⁹⁸ de 1877, que le concept de « *promissory estoppel* » trouve une consécration. Toutefois, il faut attendre en 1947 pour voir la théorie prendre son impulsion, dans la décision *High Trees House*⁴⁹⁹ à l'occasion de laquelle le juge Lord Denning développe plus largement la notion. À travers cet important arrêt, le juge expose les conditions d'application du principe. Il précise que, pour l'invoquer, la promesse doit être claire et non équivoque, la violation de celle-ci et la croyance légitime de la partie qui se fie à la promesse doivent également être clairement caractérisées. Toutefois, le juge a entendu rappeler que le critère principal ne repose pas sur le préjudice subi même s'il constitue un critère important ; mais plutôt sur le fait qu'il serait inéquitable et injuste de priver le bénéficiaire de la promesse des gains de celle-ci. Ainsi au nom de l'équité, la théorie de « *promissory estoppel* » apparaît comme un argument juridique mise à la disposition de la partie qui se sentirait lésée par le comportement incohérent de l'auteur de la promesse.

⁴⁹⁶ *Black's Law Dictionary*, Bryan A. Garner, 8^e éd., 2004.

⁴⁹⁷ D. TALLON et D. HARRIS (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p. 60. ; A MARTIN, *L'Estoppel en droit international public : précédé d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais*, Paris, Pedone, 1979, p 10.

⁴⁹⁸ *Hughes v. Metropolitan Railway Co* (1877) 2 App. Cas 439.

⁴⁹⁹ *Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd* (1947) K.B.130. Le juge précise dans cet arrêt que : « si par ses paroles ou sa conduite, une personne fait une représentation non ambiguë quant à sa future conduite, avec l'intention que cette représentation soit « *relied on* » et que cela affecte les relations légales entre les parties, et que l'autre partie change sa position sur la foi de celle-ci (*in reliance on it*), celui qui fait la représentation ne peut plus agir de manière inconsistante avec la représentation si, ce faisant, il causait un préjudice à l'autre. »

278. La doctrine du « *promissory estoppel* » prend alors un rôle centrale. En effet, pour répondre au mouvement de moralisation qui anime le droit des contrats par l'expression de l'essor des obligations de comportements éthiques, les juges américains, initialement très attachés à la théorie de la « *consideration* », nécessaire pour qu'un contrat soit exécutoire, ont cédé à son influence. À l'évidence, ils tentent à travers cette théorie de répondre à la question de la valeur de la protection de la croyance légitime qui découle d'une promesse ou d'un contrat. Par ailleurs, ce n'est pas l'intention de l'auteur de la promesse qui est ici pris en considération, mais plutôt la perception et l'étendue de la croyance que l'engagement a suscitées⁵⁰⁰. Ainsi, en vertu de ce qui précède, pour la mise en œuvre du concept de « *promissory estoppel* », la doctrine de l'*estoppel*⁵⁰¹ prend en considération deux facteurs moraux déterminants. Il s'agit d'une part, de la contradiction de l'auteur de l'engagement soumis à l'*estoppel* et d'autre part, de la croyance légitime accordée à l'auteur de l'engagement par la partie qui invoque l'*estoppel*.

279. La configuration des conditions de formation du contrat en droit américain : rôle initial du versant éthique du concept de « *promissory estoppel* ». Dès sa consécration, le concept de « *promissory estoppel* » a servi à établir une exception pour subroger, dans certaines situations, la « *consideration* » et à rendre obligatoire une promesse qui a fait naître une croyance légitime d'autrui, même si elle a été consentie sans contrepartie apparente. L'article 90 du *Second Restatement* qui le matérialise en droit positif la définit comme : « *une promesse dont le promettant peut raisonnablement envisager qu'elle induira une action ou une abstention d'agir de la part du bénéficiaire ou d'un tiers et qui, induit une telle action ou abstention d'agir, est valable si une injustice peut être évitée uniquement en faisant exécuter la promesse. Le recours accordé pour non-exécution de la promesse peut être limité selon les exigences de la justice* »⁵⁰². C'est une disposition qui s'inscrit dans une logique protectrice de la croyance légitime du contractant. Ainsi, la promesse qui suscite la confiance légitime de son bénéficiaire n'est prise en compte que si elle est « *raisonnable* » et qu'il n'y a pas d'autres moyens pour le rétablir dans ses droits afin d'éviter l'injustice.

⁵⁰⁰ H. MUIR WATT, *Reliance et définition du contrat*, Prospectives du droit économique, dialogues avec Michel Jeantin, 1999.

⁵⁰¹ V. not. E. COKE, *Institutes of the Laws of England*, Londres, 1628, p. 667 s.; F. HARGRAVE et C. BUTLER (dir.), 19ème éd., Londres, 1832; Fried (Ch.), *Contract as Promise*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1981.

⁵⁰² *Restatement (Second) of Contracts*, « Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts », Fourth Edition, Foundation Press, de M.A. CHIRELSTEIN, « La confiance légitime et l'*estoppel* », Société de législation comparée, B. FAUVARQUE-COSSON ; ERRANTE (E.), *Le droit anglo-américain des contrats, The Anglo-American law of contracts*, éd. LGDJ, 1995, p. 19.

280. En effet, la théorie de « *promissory estoppel* » a été bâtie sur la base d'un test objectif dès ses origines anglaises. Ce test consiste à évaluer ce qu'une personne « *raisonnable* » placée dans la même situation aurait cru pour maintenir l'offre et lui conférer un caractère irrévocable en l'absence de *consideration*. En pratique, ce raisonnement a été repris dans plusieurs décisions, notamment dans l'affaire *Drennan c/. Star Paving Co*⁵⁰³. Dans cette affaire, un entrepreneur répond à un appel d'offres du gouvernement et soumet une offre au maître d'œuvre qui a, par ailleurs, également reçu plusieurs offres de sous-traitants. Après calcul du montant de sa prestation, son offre est acceptée par le maître d'œuvre. Cependant, l'un des sous-traitants informe l'entrepreneur que le montant de son offre est erroné et que sa prestation est plus chère. Il refuse d'exécuter sa prestation, obligeant le maître d'œuvre à chercher un autre sous-traitant. La Cour suprême de Californie a accordé au maître d'œuvre des dommages-intérêts sur le fondement du principe de « *promissory estoppel* ». Selon le juge, l'incohérence du comportement de l'auteur de l'offre justifie son irrévocabilité. Cette position a été reprise dans un arrêt de 2016, *Bocksel c/DG3 Amérique du Nord, Inc.*⁵⁰⁴. Il a été jugé que, lorsqu'une demande accueillie porte sur le principe de « *promissory estoppel* », elle prive le demandeur de toute possibilité de nier l'existence d'un contrat du fait de l'absence de la *consideration*.

281. Ainsi, comme cela a déjà été souligné, le recours exprès à la règle de « *promissory estoppel* » est un mécanisme permettant d'assouplir les règles trop rigides du droit des contrats américain. En effet, contrairement au droit français et au droit sénégalais dans lesquels le contrat peut se former par le simple échange de consentements sur le fondement du principe du consensualisme⁵⁰⁵, en droit américain des contrats, le contrat n'existe qu'en présence d'une « *consideration* » qui n'est ni insignifiante ni illusoire. Donc l'usage du mécanisme de « *promissory estoppel* », par voie d'exception, révèle ainsi la volonté du droit américain des contrats d'affaires à offrir à la partie lésée une meilleure protection de ses droits. Le but est également de pallier l'insécurité juridique qui résulte des négociations précontractuelles, du

⁵⁰³ *Drennan c/. Star Paving Co*, 51 Cal. 2d 409, 333 P.2d 757 (SCCal. 1958).

⁵⁰⁴ *Bocksel c/. DG3 Amérique du Nord, Inc.*, 2016 WL 873138, à *10 (E.D.N.Y. 12 févr. 2016).

⁵⁰⁵ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, Partie 1, Liv. 1, I, 1, 8. Pour Domat : « les conventions s'accomplissent par le consentement mutuel donné et arrêté réciproquement. Ainsi la vente est accomplie par le seul consentement, quoique la marchandise ne soit pas délivrée, ni le prix payé » ; B. NUYTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Defrénois*, 1998, p. 502, n° 16. V. aussi M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, op. cit., t. VI, 2e éd., p. 100, n° 95, note 2 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Droit civil – Les obligations*, op. cit., t. I, 7e éd., p. 215, n° 309.

moment où il est connu que le système juridique américain n'accorde pas de force obligatoire aux accords qui ont été pris lors de ces phases précontractuelles⁵⁰⁶.

282. Pour conclure, le concept de « *promissory estoppel* » contribue en quelque sorte au processus de moralisation des relations d'affaires. Par le biais de valeurs fondamentales, telles que la notion de « *raisonnable* », de bonne foi, de loyauté, il permet de réparer une injustice créée par la révocation d'une promesse qui a suscité une croyance légitime. En ce sens, il configure, au nom de la moralité contractuelle, les conditions de formation du contrat et limite le principe de la liberté contractuelle auquel le droit américain s'était longtemps attaché. L'étude de ce mécanisme de moralisation ne peut être achevée sans envisager ses implications.

B- Les implications du « *promissory estoppel* »

283. La confiance légitime, fondement de la théorie de « *promissory estoppel* ». Aujourd'hui largement reconnue par les Cours américaines, la théorie du « *promissory estoppel* » entretient un lien très fort avec le contrat. Cet outil de moralisation des contrats d'affaires pour certains auteurs⁵⁰⁷ trouve son fondement non pas dans la promesse faite, mais plutôt dans la confiance légitime que la promesse a créée. Selon eux, en s'appuyant sur la Section 90 du *Restatement Second of Contracts*, on ne cherche pas à faire exécuter la promesse. L'objectif est plutôt de protéger la confiance légitime, laquelle a pour vocation à garantir la stabilité de la relation d'affaires. On s'oblige à contracter, non pas parce qu'on l'a simplement voulu, mais parce que la volonté exprimée a créé une attente, une confiance qui donnerait le droit d'exiger la naissance d'une relation contractuelle⁵⁰⁸. Au regard de ces éléments d'appréciation, la confiance légitime semble constituer « la sève » du droit américain des contrats d'affaires. En effet, la position de la doctrine s'appuie sur l'idée selon laquelle, tout contrat, voire toute velléité de s'engager dans une relation contractuelle, serait garanti par la confiance fondée sur la loyauté, à savoir le respect de la parole donnée. Les juges sont assez sensibles au contractant versatile qui vient tromper la confiance légitime de son cocontractant.

⁵⁰⁶ S. ZECEVIC, « Le contrat de common law forces et faiblesses », *JCP N* 2004, n° 38, p.3.

⁵⁰⁷ M. METZGER et M. PHILLIPS, « *The emergence of promissory estoppel as an independent theory of recovery* », 1983, *Rutgers Law Review* 472 ; J. M. FEINMAN, « *Promissory estoppel and the judicial method* », 1984, 97 *Harvard LR* 678, p. 695 ; J. CARTWRIGHT, « *Protecting Legitimate Expectations and Estoppel : English Law* », in *La confiance légitime et l'estoppel*, eod. loc., p. 322 et s. ; B. FAUVARQUE-COSSON, « L'estoppel du droit anglais », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, eod. loc., p. 3.

⁵⁰⁸ G. Gilmore, « *The Death of Contract* », 1974, Columbus, Ohio.

284. Il y a lieu toutefois, selon la majorité de la jurisprudence, pour l'application de la théorie du « *promissory estoppel* », de démontrer l'existence d'un préjudice⁵⁰⁹. À titre d'illustration, en droit des contrats de distribution, le caractère dommageable pourrait consister en une privation d'un gain probable si le destinataire de la promesse de renouvellement du contrat avait perdu le bénéfice d'un autre contrat de distribution. En principe, lorsque nous sommes en présence d'un contrat à durée indéterminée, le fournisseur est libre de résilier ou ne pas renouveler le contrat. Toutefois, lorsque son comportement a fait naître chez son partenaire une confiance légitime de maintien du lien contractuel, il lui est exigé de ne pas agir en contradiction des attentes légitimes suscitées. Le concept de « *promissory estoppel* » vise à protéger, lorsque les conditions sont réunies, la confiance légitime des partenaires qui ont, de bonne foi, accepté de collaborer dans le cadre de relations économiques interdépendantes⁵¹⁰. La violation de la confiance légitime serait donc, dans cet exemple, une source réelle de responsabilité contractuelle. Eu égard à ces perspectives, nous croyons pouvoir dire qu'en droit des contrats d'affaires, la confiance légitime est une source autonome de la naissance de l'obligation et représente la vertu de la « raison » qui interdit à la partie qui est à l'origine de cette confiance légitime de revenir sur ses actes et les apparences qu'elle a créées.

285. **La réception de la bonne foi contractuelle en droit américain des contrats d'affaires facilité par le concept de « *promissory estoppel* ».** Le concept de « *promissory estoppel* » est un concept qui fait partie des « mécanismes d'application du principe de cohérence »⁵¹¹. Pour venir au secours de la partie qui a porté sa confiance à une promesse, la préoccupation majeure du droit américain est d'éviter dans les contrats d'affaires toute iniquité qui résulte d'un comportement déloyal. La règle du « *promissory estoppel* » est une exception qui permet d'écarter la possibilité pour une personne, sur la base de nouveaux faits, d'invoquer injustement un droit de se contredire sur ce qu'elle a dit ou fait précédemment qui a suscité une confiance « *raisonnable* ». En ce sens, il convient d'admettre que cette interdiction a également pour fondement la bonne foi prévue dans le *UCC* et le *Restatement Second of Contracts*. En effet, « *l'obligation morale et juridique de respecter les promesses a longtemps été justifiée non*

⁵⁰⁹ V. en ce sens l'affaire *Société Italo-Belge pour le Commerce et l'Industrie SA c/ Palm Vegetale Oils (Malaysia), The Post Chaser*, (1981) 2 *Lloyd's Rep.* 695, not. P. 701, cité par B. FAUVARQUE-COSSON, « La confiance légitime et l'estoppel, Rapport général », in *La confiance légitime et l'estoppel*, op. cit., p. 50 : « *l'auteur de la promesse ne pourra pas faire exécuter ses droits si c'est inéquitable eu égard aux relations qu'ont ainsi entretenues les parties. Pour établir une telle iniquité, il est nécessaire de prouver un préjudice ; en effet, le destinataire de la promesse doit en avoir tiré avantage si bien qu'il serait inéquitable, du moins sans préavis raisonnable, pour son auteur de faire exécuter ses droits* ».

⁵¹⁰ H. COLLINS, « The Law of Contract », 2^e éd., Butterworths, p 86-7

⁵¹¹ E. COOKE, *The Modern Law of estoppel*, OUP, 2000, p. 1 et 2.

seulement par des tendances à créer des attentes raisonnables, mais aussi par leur tendance à induire la confiance »⁵¹². Ce rapprochement se justifie dès lors que la bonne foi implique également l'interdiction faite d'affirmer le contraire de ce qui a été présenté comme la vérité par des actes ou représentations.

286. Avec la consécration du « *promissory estoppel* » l'une des méthodes utilisées par les tribunaux pour rendre les promesses exécutoires a été d'impliquer le promettant et à l'inciter à agir de bonne foi. On retrouve les traces de manifestation de la bonne foi dans le § 1-203 du UCC et dans le *Restatement Second of Contracts*, notamment au § 34 qui précise que le « pouvoir discrétionnaire accordé par un contrat commercial doit être exercé dans la foi alimentaire » et au § 205⁵¹³ qui cite l'abus de pouvoir de mettre fin à un contrat comme une violation de bonne foi. L'obligation de bonne foi a ainsi été utilisée pour limiter le pouvoir unilatéral du promettant de résilier un accord, de restreindre le pouvoir unilatéral d'une partie dans la fixation du prix pour l'exécution de l'accord et de limiter la qualité ou la quantité de la marchandise qui peut être livrée ou demandée dans les contrats de production⁵¹⁴. En droit américain, le devoir de bonne foi désormais prévue par les textes est décrit par un auteur comme « une soupape de sécurité pour les juges afin de combler les lacunes et de manipuler les droits et devoirs autrement disponibles en vertu de règles de droit ou de langage contractuel spécifique »⁵¹⁵. À l'instar du rôle qu'il joue aujourd'hui en droit français et en droit sénégalais, en droit américain c'est un instrument de protection de la confiance légitime qui sert à satisfaire les attentes raisonnables des parties⁵¹⁶ et, par conséquent, faire respecter l'esprit des attentes.

287. À la lumière de ce qui précède, nous pouvons maintenant affirmer que, grâce notamment au concept de « *promissory estoppel* », le *Restatement Second of Contracts* et le UCC reconnaissent l'obligation générale de bonne foi dans toutes les relations contractuelles. La lettre du § 205 du *Restatement Second of Contract* impose un devoir de bonne foi et de

⁵¹² P. ATIYAH, « *The rise and fall of freedom of contract* » 185 (1979) ; P. ATIYAH, « *Promises, morals, and law* » 3 (1981).

⁵¹³ « Chaque contrat impose à chaque partie un devoir de bonne foi et d'utilisation équitable dans son exécution et son application. » RETRAITEMENT (DEUXIEME) DES CONTRATS section 205 (1981).

⁵¹⁴ V. § 2-306 (1) UCC : « Un terme qui mesure la quantité par la production du vendeur ou les exigences de l'acheteur signifie la production réelle ou les exigences qui peuvent se produire de bonne foi, mais aucune quantité déraisonnablement disproportionnée par rapport à une estimation donnée ou en l'absence d'une estimation donnée par rapport à une production ou à des besoins antérieurs normaux ou autrement comparables ne peut être offerte ou demandée ».

⁵¹⁵ BURTON, « *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith* », 94 HARV. L. REV. 369, at 392 (1980).

⁵¹⁶ SUMMERS, « *The General Duty of Good Faith-Its Recognition and Conceptualization* », 67 CORNELL L. REV. 810, 811 (1982).

traitement équitable. Cette intrusion de l'obligation de bonne foi dans les phases de négociations se retrouve dans l'affaire *Hoffman c. Red Owl Stores, Inc.*⁵¹⁷. En l'espèce, le demandeur, qui n'a pas conclu de contrat de franchise pour un magasin de proximité, cherche à recouvrer ses pertes en se fondant sur la confiance légitime née des longues négociations qu'il a eues avec le franchiseur. Comme moyen de défense, Red Owl a fait valoir que les parties n'étaient jamais parvenues à un accord sur les conditions essentielles de la franchise et que, par conséquent, aucun contrat n'existait. La Cour suprême du Wisconsin a accepté l'absence de contrat, mais elle a accordé au demandeur le recouvrement de ses pertes sur le fondement du principe de « *promissory estoppel* ». Le libellé du § 90 du *Restatement Second of Contracts*, a souligné la Cour, n'exige pas que la promesse déclenchant le recours soit « *d'une portée si vaste qu'elle satisfasse aux exigences d'une offre qui aboutirait à un contrat si elle était acceptée par le promettant* ». Sur le fondement de la bonne foi, nous constatons que la Cour suggère de faire du concept de « *promissory estoppel* » une théorie indépendante de recouvrement des attentes et de protection de la confiance légitime.

288. En somme, le concept de « *promissory estoppel* » constitue un « *mécanisme purement défensif, enraciné dans l'équité et tendant à la moralisation des comportements processuels* »⁵¹⁸. La rupture brutale sans motif légitime de longues négociations constitue un exemple de contradiction.

289. Conclusion de la section 2. À titre d'exception, les principes de « *duty to mitigate damages* » et de « *promissory estoppel* » comme instruments de moralisation des contrats d'affaires marquent les frontières de l'acceptable et de l'inadmissible. Ces deux notions d'équité furent utilisées par les tribunaux américains pour sanctionner tout comportement de l'homme qui s'écarte du « *raisonnable* », de la normalité. De ce qui précède, il est possible d'affirmer que le déploiement de la morale par ces instruments dans le contrat est tourné vers l'idéal d'une justice contractuelle. Cependant, pour garantir la sécurité juridique du contrat qui peut, par moment, entrer en concurrence avec le processus de moralisation du contrat, ce mouvement a été suivi par une volonté affirmée par le juge et le législateur, d'adopter une utilisation beaucoup plus mesurée de ces instruments.

⁵¹⁷ *Hoffman c. Red Owl Stores, Inc.*, 26 Wis. 2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965).

⁵¹⁸ O. HILLET et M.-N. JOBARD-BACHELIER, *Les applications du principe en droit du contentieux interne et international, in l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, actes du colloque Université Paris V, 13 janvier 2000, Économica, 2001.

CONCLUSION DU CHAPITRE 3

290. Pour conclure ce chapitre, il peut être affirmé que le standard du « *raisonnable* » a su inspirer les juges et devenir un instrument de l'*equity* permettant d'assouplir la rigidité du droit strict américain des contrats. Pour être efficace comme instrument de moralisation des contrats d'affaires, il a investi tout ou partie du droit américain et a fait l'objet d'une véritable prise de conscience. Au cours des siècles, les tribunaux américains accordèrent de plus en plus d'importance aux comportements des parties. Ainsi, la particularité de droit américain réside, d'une part, dans le fait de ne pas avoir rattaché ces principes à une base textuelle concrète et, d'autre part, de ne pas les avoir circonscrits dans un champ d'application déterminé. Cela permet ainsi aux juges, par leur flexibilité, de les utiliser dans tous les champs du droit des contrats dans l'optique d'assurer l'efficacité économique des relations contractuelles. Il a servi de bouclier en droit américain des contrats d'affaires, favorisant l'émergence de diverses obligations morales implicites, telles que la règle du « *duty to mitigate damages* » ou celle de « *promissory estoppel* ». Le standard du « *raisonnable* », fondement de la normalité qui permet d'apprécier concrètement une situation, aura vraisemblablement pour mission de moraliser les relations contractuelles par la réception explicite du principe de bonne foi. Il peut ainsi être constaté que le droit des contrats d'affaires américain n'échappe pas au processus de moralisation des rapports juridiques entre acteurs économiques. Il faut donc admettre que le progrès du droit des contrats ne pouvait rester indifférent à la suprématie des forces éthiques pour assurer une meilleure protection des intérêts légitimes.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

291. L'examen des instruments de moralisation des contrats d'affaires dans le droit français, le droit sénégalais et le droit américain a révélé que le mouvement de moralisation des contrats d'affaires, qui a débuté il y a plusieurs décennies, s'est considérablement accéléré à mi-chemin du XXe siècle. L'introduction de concepts d'ordre éthique dans le droit positif des contrats d'affaires s'est faite implicitement et progressivement. Certes le processus de moralisation des contrats d'affaires a suscité des craintes sur le plan théorique. Mais nous avons pu constater que la création de droits et d'obligations explicites ou implicites qui vient compléter les prévisions contractuelles des parties apporte aux contrats d'affaires une vitalité et une base éthique qui leur faisait défaut. Le droit des contrats d'affaires s'est enrichi de nouvelles normes de conduite axées sur la solidarité entre les parties, sur « l'utile et le juste » et sur un objectif contractuel commun, l'équité essentielle pour les parties et pour le contrat.

292. Ce titre aura permis de constater, malgré la spécificité des outils de moralisation des contrats d'affaires, une influence réciproque des différents systèmes juridiques participants au dynamisme des concepts éthiques utilisés dans ce processus. Les manifestations de la bonne foi en droit français, de la cause et de la bonne foi en droit sénégalais et du « *raisonnable* » en droit américain incarnent à cet égard la convergence des objectifs des législateurs, des jurisprudences et des doctrines de ces systèmes juridiques. Ils cherchent à préserver l'équité, une juste répartition des ressources, mais aussi à assurer l'efficacité économique de l'opération contractuelle. Même si ce mouvement de moralisation du contrat crée des craintes de risques d'insécurité juridique, nous évaluons positivement l'importante place qui est aujourd'hui accordée à l'utilité et la justesse du contrat, au détriment du concept individualiste du contrat. Les tribunaux ont illustré, depuis des siècles, l'existence de règles souples complétives qui viennent combler les lacunes des règles de droit dur et orienter le contenu du droit positif.

293. Il nous faut juste admettre qu'il est difficile aujourd'hui de récuser facilement la thèse de la moralisation des contrats d'affaires, parce que ce qui nous rassure davantage de son effectivité, sont ses manifestations à travers des marqueurs transdisciplinaires et internationaux, même si elle se déploie avec une mise en œuvre différenciée au sein des systèmes juridiques étudiés.

TITRE DEUXIÈME : UNE MISE EN ŒUVRE HÉTÉROGÈNE DES MARQUEURS TRANSDISCIPLINAIRES ET INTERNATIONAUX DE LA MORALISATION DES CONTRATS D’AFFAIRES

294. Une préoccupation commune de moralisation des contrats d'affaires, mais une mise en œuvre divergente des outils transdisciplinaires et internationaux. L'analyse approfondie des droits positifs dans le Titre 1 nous a permis de démontrer qu'avec des outils parfois spécifiques, la moralisation des contrats d'affaires fait sens en droit français, en droit sénégalais et en droit américain. Cependant, en raison de cultures juridiques ou d'appartenance d'institutions juridiques divergentes, de telle sorte que les trois systèmes juridiques étudiés ne font pas nécessairement recours aux mêmes méthodes pour intégrer des concepts fondamentaux du droit des contrats, en dépit de certaines similitudes, l'objectif de ce Titre 2 est d'établir un autre point de dissemblance du processus de moralisation des contrats d'affaires. En effet, cette hétérogénéité se pose également sous l'angle d'une mise en œuvre différenciée des instruments transdisciplinaires et internationaux de moralisation des contrats d'affaires. À ce titre, l'intérêt porté à ce processus se retrouve distinctement intégré dans le droit spécial, à l'exemple du droit *antitrust* ; dans le droit commun des contrats ; dans les outils technologiques innovants ; dans le droit OHADA ; dans le droit européen des affaires ; dans la CVIM et dans les principes UNIDROIT. Divers instruments transdisciplinaires et internationaux portent ainsi une empreinte de moralité contractuelle. L'idée est de favoriser, d'une part, la performance économique des contrats d'affaires ; et d'autre part, l'attractivité juridique du droit des contrats d'affaires.

295. Performance économique et attractivité juridique au regard d'un déploiement divergent des outils transdisciplinaires et internationaux de moralisation des contrats d'affaires. La forte empreinte de l'idéalisme dans la conception classique du contrat avait sans doute empêché, de façon réductrice, la prise en compte de l'analyse de la performance économique du contrat d'affaires et du besoin d'attractivité du droit des contrats. Pourtant, ces exigences innervent le droit des contrats d'affaires depuis bien longtemps. Aujourd'hui, le juge y fait de plus en plus référence, à travers, notamment, les notions de viabilité⁵¹⁹, de sécurité

⁵¹⁹ V. en ce sens sur la notion de viabilité économique comme partie intégrante de la relation contractuelle : Cass. com. 1^{er} octobre 1991, *Bull. Joly*, 1991, p. 1004, note C. RODA ; *JCP* 1992 ; éd. E, I, 120, n° 5, obs. A. VIANDIER et J. J. CAUSAIN ; *JCP* 1992, éd. E, II, 277, note A. VIANDIER ; *D.* 1992, p. 190, note G. VIRASSAMY ; *RTD com.* 1992, p. 186 et 823, obs. CHAMPAUD et DANET ; *RTD civ.* 1992, p. 80, obs. J. MESTRE ; Cass. com. 4 oct. 2011, obs. N. DISEAUX, *D.* 2011, p. 3052.

juridique et de rentabilité économique⁵²⁰. Sur cette dernière notion, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence⁵²¹ dans un arrêt rendu le 10 juin 2020 en admettant que l'erreur sur la rentabilité économique du contrat de franchise pût constituer en elle-même une erreur sur les qualités substantielles du contrat entraînant par conséquent sa nullité⁵²².

296. En effet, dans ce processus *d'éthicisation* de la vie des affaires, l'objectif est de faire éclore des valeurs morales au sein des règles de fonctionnement de la structure contractuelle en rendant ses principes flexibles et sécurisants. Mais, tout en restant fidèle au modèle libéraliste et volontariste de la théorie du contrat, la moralisation des contrats d'affaires conduirait à construire l'idée de prôner l'attractivité juridique et la performance économique dans les contrats d'affaires. Cette dernière est appréhendée dans les contrats d'affaires comme une obligation contractuelle⁵²³, mais également comme un objectif à atteindre.

297. Plan. Certes la « moralisation » n'est pas une notion conventionnelle en droit des contrats d'affaires, mais, dans un contexte de compétition économique internationale, ses manifestations sont observables dans différentes branches du droit des contrats et dans plusieurs règles institutionnelles. Ainsi, à premier abord, l'analyse comparée du droit positif des trois systèmes juridiques étudiés fait apparaître une mise en œuvre différenciée des marqueurs transdisciplinaires de la moralisation des contrats d'affaires (**chapitre 1**). Cela découle de la mise en concurrence des législations, sans doute orchestrée par les enjeux de performance économique et d'attractivité juridique. En outre, ces enjeux dépassent le cadre des politiques législatives des droits nationaux. Par conséquent, malgré la volonté de réglementer de manière souverainiste les contrats, d'autres institutions juridiques à portée internationale ont la vocation de régir cette matière. En conséquence, cela emporte l'apparition d'un autre point de différenciation dans la mise en œuvre des marqueurs internationaux de la moralisation des contrats d'affaires (**chapitre 2**).

⁵²⁰ V. en ce sens sur la notion de rentabilité économique de la relation contractuelle qui apparaît comme le maître mot dans le monde des affaires marqué par la recherche de profit : Cass. com. 7 février 1995, *RTD civ.* 1995, p. 878, obs. J. MESTRE ; Cass. com. 3 juillet 1996, « club vidéo », *D.* 1997, p. 500, obs. P. REIGNE ; J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

⁵²¹ Cf. Cass. com., 05 octobre 2011, n° 10-20956 et Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-19047.

⁵²² Cass. com., 10 juin 2022, n° 18-21536.

⁵²³ C. PEPINO, *La performance en droit des affaires*, Thèse Droit, Aix-Marseille, 2018, n° 20, p. 46.

Chapitre 1 : Des marqueurs transdisciplinaires de la moralisation des contrats d'affaires variables dans leur mise en œuvre

298. La quête de la moralisation des contrats d'affaires : un objectif quotidien qui inspire plusieurs branches du droit. Au-delà de ses applications ponctuelles comme critère visant à donner corps à un contrat « juste et utile », la moralisation des contrats d'affaires irrigue déjà le droit commun et le droit spécial des contrats, permettant de mettre en œuvre un certain nombre de solutions de consolidation de l'ordre juridique contractuel et de sécurisation des opérations économiques. L'autonomie progressive prise par les branches du droit spécial a été l'occasion d'influencer la manière d'envisager le droit commun des contrats en posant la problématique de l'analyse économique du contrat qui a des affinités avec l'analyse morale du contrat. En effet, la recherche sur la moralisation des contrats d'affaires s'inscrit dans cette perspective d'analyse de la performance économique du contrat, car elle permet de soulever la question de l'utilité du contrat d'affaires⁵²⁴. Bien plus qu'une description, l'émergence des concepts d'ordre éthique est l'expression d'une approche réaliste du droit des contrats d'affaires qui tente de construire l'idée d'une obligation de performance économique qui s'impose aux parties à un contrat. Ainsi, avec la complémentarité préexistante des différentes branches du droit qui découle de l'affinité qui existe entre le droit commun du contrat et le droit des affaires, l'objectif partagé par ces derniers est de faire de la performance économique l'objet même des contrats d'affaires afin de favoriser l'attractivité du droit des contrats d'affaires. C'est pourquoi, en dessinant les contours de la moralisation des contrats d'affaires, ce sont les concepts de performance économique et d'attractivité juridique qui se sont également révélés comme étant leur essence à travers les instruments juridiques mis à la disposition des parties au contrat.

299. Plan. La performance économique et l'attractivité juridique, comme raison légitime de moralisation des contrats d'affaires, se retrouvent au cœur d'une dynamique qui imprègne peu à peu tout le champ contractuel. Elles sont appréhendées à travers les exigences éthiques de moralisation des contrats d'affaires par le droit commun et le droit spécial du contrat comme un objectif à atteindre (**Section 1**). Le désir de performance économique des contrats d'affaires est également un enjeu saisi à travers les outils technologiques (**Section 2**) comme indicateur à prendre en compte afin de dynamiser la relation contractuelle.

⁵²⁴ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *op. cit.*

Section 1 : Moralisation, exigence de performance économique et attractivité juridique

300. La contractualisation de la performance économique et de l'attractivité juridique. Le contrat d'affaires est un instrument de création de richesses et le maître mot qui lui est rattaché dans les discours contemporains est celui de la recherche constante de performance économique par les contractants. En effet, celle-ci ne saurait être atteinte si chaque contractant décide d'avoir un comportement individualiste sans prendre en compte ses conséquences sur les résultats fixés *en amont* dans le contrat. Pour donc limiter les pertes, garantir l'efficacité des contrats d'affaires et l'attractivité des règles qui l'encadrent, un certain nombre de mécanismes juridico-éthiques ont émergé dans le champ contractuel. C'est l'illustration de la théorie de l'imprévision, de l'obligation d'information, du devoir de coopération et de la prise en compte de l'intérêt légitime de son cocontractant, de l'intangibilité du principe de la force obligatoire du contrat atténué. Tout cela repose sur les piliers de la bonne foi et du raisonnable. Cette dynamique a pour but d'atteindre l'objectif d'efficience et de rentabilité recherché dans les contrats d'affaires.

301. Plan. À ce titre, avant d'être intégrée dans le droit commun des contrats français, sénégalais et américain par une application divergente des mécanismes juridico-éthiques de recherche de performance économique et d'attractivité juridique (**sous-section 2**), c'est par un processus dissemblable dans ces trois systèmes juridiques étudiés que la moralisation des contrats d'affaires a été tout d'abord amorcée par le droit spécial pour, notamment garantir la performance économique et l'attractivité juridique (**sous-section 1**).

Sous-section 1 : Un processus dissemblable de recherche de performance et d'attractivité amorcé par le droit spécial

302. La moralisation des contrats d'affaires, un moyen subtil de performance économique et d'attractivité juridique. Pour mettre en place des dispositifs juridico-éthiques assurant l'adhésion aux objectifs de performance économique et d'attractivité juridique, le droit spécial a vu du processus de moralisation un facteur essentiel à intégrer dans les relations d'affaires. À ce stade de l'étude, il serait possible de soutenir que des relations contractuelles justes et utiles favorisent, avec l'altruisme mutuel des contractants, des relations d'affaires plus équilibrées et plus saines. Il serait également possible d'en déduire qu'il existe un lien causal entre l'éthique, la performance économique des contrats d'affaires et l'attractivité juridique de leur encadrement. Ce processus, par lequel il consiste à innover dans tout le droit des contrats

des exigences éthiques de contrôle de comportement des contractants, est sans doute synonyme de recherche de rentabilité et d'attractivité juridique, malgré les risques qu'il peut parfois comporter, en raison notamment des interventions excessives législatives et judiciaires.

303. Plan. La moralisation du contrat se niche parfois là où elle est moins attendue. Elle est présente dans cette recherche de performance économique et d'attractivité juridique au sein des branches du droit spécial. Ce constat donnera lieu, dans un premier temps, à l'étude, dans les trois systèmes juridiques, des outils du droit *antitrust* de moralisation des contrats d'affaires (A), puis, dans un deuxième temps, à celle des mécanismes de contrôle divergents de l'obligation de performance économique des contrats d'affaires (B), en prenant l'exemple des accords de distribution.

A- Des étendues divergentes des outils du droit *antitrust* de moralisation des accords de distribution

304. Le droit *antitrust* comme réponse aux besoins spécifiques de performance économique et d'attractivité juridique dans les contrats d'affaires. Il faut dire qu'il existe un rapport entre performance économique et attractivité juridique. En effet, la performance économique, entendue au sens collectif et non individuel, implique l'aptitude du contrat à correspondre à la logique économique du marché, c'est-à-dire à permettre à toutes les parties prenantes de réaliser le gain attendu du contrat. Et l'attractivité juridique, quant à elle, renvoie à la pertinence des textes législatifs et réglementaires à offrir aux acteurs économiques un environnement juridique plus protecteur ; plus lisible sur l'encadrement des obligations contractuelles, des sanctions ou encore du sort des contrats quant à leur pérennité⁵²⁵ ; plus accessible et plus favorable à leurs intérêts, sans se heurter à l'intervention excessive du législateur ou du juge. Dans ce sens, la recherche de la performance économique ne peut pas se faire sans ces qualités intrinsèques des règles qui régissent la matière contractuelle, lesquelles manifestent la volonté de promouvoir leur attractivité juridique. Ces deux exigences sont donc l'essence du droit *antitrust*. Même si l'éthique n'y est pas trop présente, celui-ci est au cœur de la préservation de la concurrence en posant un certain nombre d'interdictions dans le Code de commerce du droit français, dans le droit UEMOA de la concurrence qui régit la matière en droit sénégalais ou encore en droit américain, où elle est matérialisée par l'adoption du

⁵²⁵ B. DESHAYES, « Un nouvel espace pour le droit des affaires », *Gaz. Pal.* 12 juin 2017, n° 296h2, p. 31.

Sherman Act de 1890⁵²⁶, lequel a été complété par le *Clayton Act* et le *Federal Trade Commission Act* adoptés en 1914. Le droit *antitrust* est perçu comme un facteur de progrès économique à travers l'exigence d'une concurrence saine entre acteurs. Cette dernière est appréhendée comme un élément conduisant à la réalisation de relations contractuelles économiquement viables. Dans ce droit, à connotation économique par excellence⁵²⁷, les analyses de performance économique et d'attractivité juridique ont réussi à pénétrer le raisonnement juridique. Dans chaque processus de modernisation du droit de la concurrence, des approches plus morales, plus économiques et plus attractives, des règles de droit ont été consacrées⁵²⁸. C'est notamment l'exemple de la réforme du *Titre IV du Livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées* par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019. Un souci de clarté suppose toutefois de porter également un regard sur les différences temporelles de l'autonomisation de la réglementation du droit *antitrust* dans les trois systèmes juridiques étudiés.

305. Des différences temporelles de l'autonomisation de la réglementation du droit *antitrust*. À la différence du droit *antitrust* sénégalais et du droit *antitrust* américain qui ont acquis une autonomie normative dès leur consécration, il faut rappeler qu'en droit français le même processus législatif n'a pas été observé. En effet, avant que le droit *antitrust* acquière une autonomie normative en droit français, c'étaient les règles du droit commun relatives aux matières civiles qui s'appliquaient aux relations commerciales, faute de textes spéciaux en la matière, lesquels étaient généralement considérés comme une exception au droit civil⁵²⁹.

306. La reconnaissance plus récente en droit français de l'autonomie normative du droit *antitrust*. Les mutations socio-économiques et le développement considérable de la pratique des affaires ont mis à nue l'insuffisance des règles du droit civil à régir ces matières. Peu à peu, le législateur consumériste français n'a pas résisté à la tentation de l'impératif de renforcer l'attractivité de la réglementation afin de favoriser la performance économique recherchée dans les contrats d'affaires. À cet effet, un droit spécial répondant aux spécificités

⁵²⁶ P. REIS, « Ordre public économique et pouvoirs privés économiques : le droit de la concurrence cœur de l'ordre public économique », *Revue internationale de droit économique*, vol. xxxiii, n° 1, 2019, p. 14.

⁵²⁷ C. CHAMPAUD, « Caractères du droit de la concurrence », *J. Cl. Concurrence Consommation*, 1991, fasc. 30, spéc. n° 1, 57 et 66 ; L. BOY, *Droit économique*, L'Hermès, 2002, p. 3 et s.

⁵²⁸ G. CANIVET, *la modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2006, p. 31 et s.

⁵²⁹ Certains commentateurs du Code de commerce de 1807 partagé unanimement l'idée de cette subsidiarité. V. notamment : J.-G. LORCE, *Esprit du Code de commerce, ou commentaire de chacun des articles du Code*, 2e éd., Pais, 1829, p. VII-VII ; P. PASCHEL, *La portée de la codification dans l'histoire du droit commercial français*, Thèse, Paris II, 1993, p. 28.

de la pratique des affaires a été progressivement mis en place et a évolué dans le temps afin de prendre en compte, notamment, les exigences de rapidité, de sécurité, de protection, d'éthique et de performance économique. Même si, pendant longtemps, le droit *antitrust* a eu du mal à se développer en marge du droit civil, il a réussi à s'en détacher avec l'augmentation des échanges commerciaux, l'influence de la révolution industrielle et le développement du libéralisme. Le législateur français a pu ainsi rédiger un nouveau Code de commerce autonome qui est entré en vigueur le 18 septembre 2000 grâce à la codification à droit constant. Cette évolution a justement été mise en évidence par le droit des affaires, dont les nouvelles matières sont apparues (ex. : contrat de concession, contrat de transfert de technologie, contrat de franchise, contrat de sous-traitance, contrat de sûreté, contrat d'affacturage, etc.) et qui, progressivement, ont remis en question sa subsidiarité par rapport au droit commun.

307. Toutefois, pour atteindre ces objectifs de performance économique et d'attractivité juridique en régulant efficacement le marché dans lequel se déploient leurs contrats d'affaires, les contractants ont été désignés comme les premiers responsables de leur relation contractuelle. C'est pourquoi le droit n'a pas pour vocation de leur garantir un gain, mais uniquement de rendre juste l'atmosphère contractuelle, de la conclusion à l'exécution du contrat, ce qui correspond à un besoin d'attractivité juridique. Ainsi, des objectifs qui définissent des valeurs essentiellement économiques et juridiques sont réalisés dans l'atmosphère morale d'une concurrence saine.

308. Un nouvel élan de moralité du droit *antitrust* habité d'un «vœu de performance économique et d'attractivité juridique» des contrats d'affaires en droit français. Depuis le Moyen-Âge, l'éthique présente dans le monde du commerce et de l'industrie a toujours été décrite comme un facteur essentiel de perfectionnement des comportements. Nous pouvons voir que l'un des avantages à l'adhésion aux prescriptions éthiques véhiculées par le droit *antitrust* est de rendre possible le besoin de performance économique et d'attractivité juridique dans les contrats d'affaires. Pour s'en persuader, il suffit de songer aux règles éthiques qui visent à conjurer les excès de concurrence qui se manifestent par tout un ensemble de pratiques déloyales ou excessives de concurrence, lesquelles découlent du *self interest*⁵³⁰. Les réformes entreprises ces dernières années par le législateur français montrent que la branche du droit *antitrust* est fortement influencée par des considérations morales relevant de l'analyse économique de la relation contractuelle. Prenons un exemple : les

⁵³⁰ B. OPPETIT, « Éthique et vie des affaires », in Mél. A. Colomer : Litec 1993, p. 333.

pratiques restrictives de concurrence, qui ont fait l'objet d'une réforme majeure avec l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce. Cette ordonnance modifie en profondeur l'article L.442-6 du Code commerce. Il sera découpé, réécrit de manière significative et remplacé par les nouveaux articles L.442-1 et suivants qui regroupent la longue liste des pratiques abusives et restrictives qui faussent le libre jeu de la concurrence. Il s'agit de l'obtention d'avantages injustifiés ou disproportionnés, du déséquilibre significatif, des ruptures brutales des relations commerciales établies, de la violation d'une interdiction de revente hors réseau, *etc.* Cette immixtion du droit *antitrust* dans le droit des contrats d'affaires⁵³¹ vise à garantir une concurrence loyale et saine, ce qui est bénéfique pour leur performance économique et de l'attractivité juridique en assurant l'application effective de la loi et en tenant en compte des réalités de la vie des affaires. Il est en effet « porteur d'une logique économique pénétrante »⁵³².

Ainsi, pour plus d'attractivité juridique, le droit *antitrust* français se veut prévisible et veille sur les clauses contractuelles⁵³³, permettant de les déclarer nulles lorsqu'elles se rapportent à une pratique anticoncurrentielle. Ces comportements ont généralement pour effet de créer une réduction de l'efficacité économique des relations contractuelles entre partenaires commerciales et une atteinte à l'économie du marché dans son ensemble, et à cet effet, le droit français offre un outil favorable pour les éradiquer. L'article L. 442-1 du Code de commerce en apprend long sur la volonté du législateur consommériste. L'objectif est non seulement de favoriser une concurrence saine et loyale, mais également de refuser que les pratiques anticoncurrentielles altèrent substantiellement la performance économique visée afin de protéger le marché et les concurrents lorsque ces pratiques seraient créatrices de distorsion entre les droits et obligations des parties.

309. Illustration de recherche de performance économique par l'interdiction de la clause de prix minimum de revente dans les accords de distribution. Le droit *antitrust* empiète également sur la détermination du contenu du contrat. C'est notamment le cas de l'interdiction de la clause de prix minimum de revente issue de l'article L. 442-6 du Code de

⁵³¹ L'immixtion du droit de la concurrence au droit des contrats a été soulignée par certains auteurs : v. notamment, M. CHAGNY, « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *RDC*, 2004, p. 861 ; B. FAGES, J. MESTRE, « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat. Droit du marché et droit commun des obligations », *RTD com.*, 1998, p. 71 ; F. DREIFUSS-NETTER, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD civ.*, 1990, p. 369.

⁵³² M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Ordre concurrentiel et droit des contrats », in *L'ordre concurrentiel* – Mém. en l'honneur d'A. Pirovano, Frison-Roche, 2003, pp. 235 et s., spéc. 249, n° 21.

⁵³³ M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2004, n° 385 et s.

commerce. Il est interdit à tout fournisseur d'imposer au distributeur, commerçant indépendant, un prix minimal qu'il doit pratiquer lors de ses reventes envers ses clients. La Chambre criminelle de la Cour de cassation va prendre position sur cette question. Dans un arrêt rendu le 16 janvier 2018⁵³⁴, la Cour a constaté que l'enquête menée par la DGCCRF avait révélé l'existence d'un monopole dans la fixation du prix de vente des vêtements, étiquetés avant même leur arrivée en magasin, ce qui signifie que le fournisseur contrôlait les prix et les volumes de la vente, sans laisser la possibilité au distributeur d'appliquer des prix différents. Par conséquent, la Cour a conclu que ce mode de fonctionnement du réseau constituait un moyen indirect d'imposer au distributeur un caractère minimal au prix de revente.

Toutefois, il faut noter que cette position avait déjà été exprimée par la doctrine américaine, qui affirme que le pré-étiquetage des produits n'est pas en soi interdit, à condition que le fournisseur n'engage aucune action de coercition pour empêcher le distributeur de fixer le prix. Toutefois, ce pré-étiquetage pourrait constituer un prix imposé lorsqu'il est réellement contraignant et restreint la liberté de concurrence⁵³⁵. Ainsi, le droit *antitrust* s'inscrit comme « *une véritable police des stipulations contractuelles, assujetties à une analyse économique de leur nécessité et de leur proportionnalité* »⁵³⁶. Il peut être appréhendé comme un instrument médiateur de sauvegarde de la performance économique des contrats d'affaires et d'attractivité juridique. En droit sénégalais, il a acquis une autonomie réglementaire dès son élaboration.

310. La reconnaissance de longue date en droit sénégalais de l'autonomie normative du droit *antitrust* acquise dès son élaboration législative. Si, en droit français, la matière du droit *antitrust* s'est détachée du Code civil afin de disposer de son propre Code de commerce, en droit sénégalais, son autonomie a été acquise dès son élaboration. Il est régi à la fois par les textes nationaux et les textes communautaires. Ainsi, sous la poussée du législateur OHADA et l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA)⁵³⁷ qui ont opté pour l'attractivité du droit par son uniformisation⁵³⁸ et l'efficacité économique des relations

⁵³⁴ Cass. crim., 26 janvier 2018, n° 16-83.457.

⁵³⁵ A. H. SILBERMAN, « *Vertical Price, Customer and Territorial Limitations* », 1426 *Corporate Law and Practice Course Handbook Series* 383 (2004), spéc. p. 444, 449 et 455.

⁵³⁶ M. CHAGNY, « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *op. cit.*

⁵³⁷ L'UEMOA a été créée le 10 janvier 1994 par le Traité de Dakar et a pour objectifs fondamentaux, notamment le renforcement de la compétitivité des activités économiques et financières de ses États membres¹ dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un environnement juridique rationalisé et harmonisé (cf. article 4 du Traité de l'UEMOA du 10 janvier 1994).

⁵³⁸ A. N. AKONUMBO, C. MONKAM, V. PIRONON. « L'attractivité du droit OHADA », in *Colloque "L'attractivité du droit OHADA"*, Institut de Recherche en Droit Privé, Dec 2023, NANTES, France ; D. MBOW : « L'attractivité juridique et économique de l'OHADA », *Revue libre de Droit*, 2020, pp. 87-108 ; I. THIAM, V. O. BIWOLE, « Politiques d'attractivité et investissements directs étrangers dans l'UEMOA : rôle des institutions », *Revue Internationale du Chercheur* . 4, 2 (Jun. 2023).

d'affaires, le droit positif sénégalais de la concurrence s'inscrit également dans une vision économique du contrat⁵³⁹. L'un des atouts du droit antitrust sénégalais réside dans l'harmonisation de la rédaction de ses règles et dans la quête permanente de l'universalité en s'ouvrant à d'autres systèmes juridiques pour favoriser la compétitivité. À ce titre, depuis les années 90, les dispositifs juridiques portant sur la régulation de pratiques anticoncurrentielles se sont diversifiés, mais cette réglementation a été fortement dominée par le droit de l'UEMOA de la concurrence. En empruntant le même principe d'interdiction des pratiques anticoncurrentielles de son homologue français, le législateur UEMOA va régir l'interdiction de toute exploitation abusive d'une position dominante sur le marché⁵⁴⁰. Ainsi, pour le droit *antitrust* UEMOA, dans un accord de distribution, constitue un comportement abusif de position dominante le fait consistant notamment à : « *imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions non équitables ; appliquer à l'égard des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ; subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats* »⁵⁴¹.

311. Au regard de ce qui précède, il est manifeste que le droit *antitrust* français est perçu comme un instrument médiat de protection de la performance économique des contrats d'affaires et d'attractivité juridique. En revanche, le dispositif juridique de l'UEMOA d'interdiction des pratiques anticoncurrentielles, qui privilégie une approche plus générale, semble manifestement favoriser la prise en compte de cette recherche de performance économique. Toutefois, il convient de noter que, malgré ce dispositif juridique qui prend en compte plusieurs facteurs d'exigence de performance économique de la relation d'affaires, en droit sénégalais, la perception que la plupart des parties prenantes ont du droit *antitrust* se rapporte plus sur les pratiques anticoncurrentielles relatives aux prix. En effet, pour une bonne partie des acteurs du monde des affaires sénégalais, c'est la concurrence sur le prix qui est en général prise en compte au détriment des autres pratiques anticoncurrentielles. Cette perception se justifie sans doute par le rôle majeur que joue le marché informel et la concurrence de

⁵³⁹ P. S. A. BADJI, « La stabilité du droit contractuel civil et commercial sénégalais : une analyse à la lumière du droit français », *op. cit.*, p. 353.

⁵⁴⁰ Article 4 paragraphe 4.1 du règlement n° 02/2002/CM/UEMOA.

⁵⁴¹ Article 4 paragraphe 4.2 du règlement UEMOA n° 02/2002/CM/UEMOA qui en des termes quasi similaires que l'article 82 du Traité de Rome.

proximité sur le marché sénégalais où le niveau de concurrence apparaît comme inexistant, parce que la législation *antitrust* est ignorée par certains acteurs économiques.

312. Un droit *antitrust* du droit américain plus ancré à la recherche de la performance économique des contrats d'affaires. À la différence du droit français et du droit sénégalais qui sont marqués par les valeurs de fraternité et d'égalité issues de leurs histoires, où il est difficile de réduire la rationalité des règles de droit contractuelles à la seule production de richesse et au détriment de l'attractivité juridique, en droit américain, la présence dominante du besoin de performance économique de la relation contractuelle est une réalité incontestable. Elle découle de sa tradition culturelle politique des affaires. Selon le Professeur Y.-M. LATHIER, le système juridique américain, en comparaison avec celui civiliste, favorise davantage la croissance économique⁵⁴². Par conséquent, le régime des *economic torts* vise à punir les comportements anticoncurrentiels entraînant un dommage financier, en cherchant finalement à indemniser la victime pour les pertes encourues par suite de pratiques trompeuses. Prenons encore l'exemple de l'interdiction de la fixation du prix de revente imposée. Il convient de constater que, tout comme en droit français et en droit sénégalais, même si l'uniformité des droits n'est pas un objectif poursuivi, en droit américain, serait constitutive d'une entente, donc d'une pratique anticoncurrentielle, le fait pour un fournisseur d'exécuter l'injonction de rompre les relations commerciales pour non-respect des prix conseillés aux distributeurs⁵⁴³. Pour constituer un prix imposé, la jurisprudence américaine exige la preuve d'une contrainte⁵⁴⁴, c'est-à-dire une action positive du fournisseur qui interfère sur l'indépendance du distributeur à apprécier son propre intérêt dans la relation contractuelle.

Toutefois, la Cour suprême des États-Unis qui s'attache à l'analyse économique des contrats d'affaires en appliquant la *rule of reason*, a décidé dans un arrêt rendu le 28 juin 2007 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS* que l'interdiction des prix minimums imposés doit être analysée au cas par cas au regard des circonstances et du contexte économique⁵⁴⁵. Pour la Cour, le prix minimum de revente est admis, à la condition que le fournisseur démontre des avantages pro-concurrentiels, notamment lorsqu'il permet de promouvoir une concurrence inter-marque entre fabricants. Dans un arrêt rendu le 29 juin 2023, la CJUE⁵⁴⁶ a adopté une

⁵⁴² Y.-M. LATHIER, « Le droit comparé et l'efficacité économique », in *L'efficacité économique en droit*, S. BOLLEE, Y.-M. LATHIER, C. PERES (dir.), Economica, 2010.

⁵⁴³ *Lake Hill Motors, Inc. v. Jim Bennett Yacht Sales, Inc.*, 2001-1 Trade Cas. (CCH) 73,233 (5th Cir. 2001).

⁵⁴⁴ *Bender v. Southland Corp.*, 749 F. 2d 1205 (6th Cir. 1984).

⁵⁴⁵ Pour la Cour, l'objectif du fabricant en imposant un prix minimum de revente, était de garantir à ses distributeurs une marge suffisante qui leur permet de fournir l'intégralité des services inclus dans la stratégie de distribution. Le fabricant s'est donc soucié de rémunérer ses distributeurs en leur imposant un prix de revente.

⁵⁴⁶ CJUE, 29 juin 2023, C-211/22, *Super Bock Bebidas SA, AN, BQ, c/ Autoridade de la Concorrenca*.

solution pragmatique, proche cette *rule of reason* par les autorités américaines, pour préciser que l'imposition de prix de revente minimums ne constitue pas nécessairement une restriction de concurrence par l'objet.

313. En somme, outre le droit *antitrust* qui protège l'efficience du processus concurrentiel⁵⁴⁷ afin de favoriser le bien-être économique des relations d'affaires, la moralisation des contrats d'affaires à des fins de performance économique apparaît davantage dans le droit de la distribution.

B- Des mécanismes de contrôles divergents de l'obligation de performance économique dans les accords de distribution

314. La performance économique attendue érigée en obligation d'information précontractuelle dans les accords de distribution en droit français. Dans les contrats d'affaires, et particulièrement dans les accords de distribution, la performance ou la rentabilité économique peut être appréhendée comme un élément essentiel du contrat, même si elle reste aléatoire. La réalisation de profit, la rentabilité d'une activité économique, la contrepartie financière d'une obligation contractuelle, la viabilité économique de l'activité commerciale, sont autant de causes et de raisons qui justifient l'engagement des parties. À cet égard, l'obligation spéciale d'information précontractuelle instituée par la loi Doubin du 31 décembre 1989 et codifiée à travers l'article L.330-3 du Code de commerce⁵⁴⁸, lequel met les parties à situation égale en leur permettant de s'engager en connaissance de cause, peut être appréhendée comme un outil qui porte en grande partie sur la rentabilité des relations d'affaires. En effet, elle peut être implicitement rattachée à la recherche de la performance économique⁵⁴⁹. C'est une obligation spéciale de type précontractuelle qui impose au fournisseur qui demande à ses distributeurs un engagement juridique d'exclusivité ou de quasi-exclusivité à travers un contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de leur fournir un document d'information précontractuelle (DIP) qui a pour objet d'informer notamment sur l'état réel du marché et du réseau.

⁵⁴⁷ E. M. FOX., « What is Harm to Competition ? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect », 70 *Antitrust* L.J. 371 (2002).

⁵⁴⁸ Conformément à l'alinéa 1^{er} de cette disposition « toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou un enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause ».

⁵⁴⁹ V°. *Supra*, n° 112 et s.

315. Pour les Professeurs D. Ferrier et N. Ferrier, cette volonté du législateur de protéger les distributeurs « *a été inspirée par la situation économique difficile dans laquelle s'étaient trouvés certains distributeurs après avoir conclu un accord d'exclusivité sur la foi de perspectives d'activité optimistes présentées par le fournisseur* »⁵⁵⁰. Ainsi, il convient de se référer à l'alinéa 2 de l'article L. 330-3 du Code de commerce pour constater que le DIP, empreint de moralisation de la pratique contractuelle⁵⁵¹, est en lien direct avec la recherche de la performance économique dans les contrats d'affaires. En effet, la loi impose au fournisseur des informations sincères lorsqu'il les fournit afin de permettre au distributeur de connaître les perspectives de développement du marché et de son état. L'alinéa 2 dudit article précise que le contenu de l'obligation d'information spéciale précontractuelle porte notamment sur « *l'ancienneté et l'expérience, l'état et les perspectives de développement de marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités* »⁵⁵². Il apparaît donc explicitement une volonté du législateur, dès lors que l'obligation d'information précontractuelle est due parce que le contrat est « *conclu dans l'intérêt commun des parties* », d'assurer la prise en compte des besoins de performance économique projetés et espérés par les contractants.

316. Cette notion d'intérêt commun visée par l'article L. 330-3 du Code de commerce fait référence à la convergence des efforts du fournisseur et du distributeur dans le but de développer leur relation d'affaires. En revanche, il convient de souligner que, compte tenu des aléas commerciaux et de la tolérance d'une certaine marge d'erreurs excusables⁵⁵³, le débiteur de l'obligation d'information précontractuelle n'est soumis qu'à une obligation de moyen concernant les éléments prévisionnels à communiquer⁵⁵⁴. Donc l'esprit de sincérité qui est une exigence morale que la loi impose au débiteur envers le créancier de l'obligation, se présente comme un moyen d'apprécier la viabilité et la rentabilité économique du contrat.

317. L'état flou de la question en droit sénégalais : la performance économique contrôlée par la recherche du but assigné aux contrats de distribution exclusive. Le droit

⁵⁵⁰ D. FERRIER et N. FERRIER, *Droit de la distribution*, LexisNexis, 9^e éd. 2020, n° 620, p. 391.

⁵⁵¹ G. VIRASSAMY, « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin », *op. cit.* ; G. BLANC, « Les contrats de distribution concernés par la Loi Doubin », *D.* 1993, chron. p. 218 ; Ch. CHAMBONNAUD, « La loi du 31 déc. 1989 et la protection du franchisé » in *Mélanges J. Derrupé*. 1991, p. 117.

⁵⁵² Article L. 330-3, alinéa 2 du Code de commerce.

⁵⁵³ CA Paris, 22 sep. 1992, *D* 1995, somm., p. 75, obs. D. Ferrier, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 9^e éd. 2020, n° 627.

⁵⁵⁴ CA Paris. 29 oct. 1992, *D* 1995, somm., p. 75, obs. D. Ferrier - Cass. com., 5 déc. 2000, n° 98-16.524, *RJDA* 2001, n° 40, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, 9^e éd. 2020, n° 627.

sénégalais n'échappe pas à cette évidence. Mais, à la différence du droit français qui dispose de textes législatifs spécifiques consacrés à l'obligation d'information spéciale précontractuelle dans les contrats de distribution, en droit sénégalais, c'est tout d'abord le droit commun des contrats (le COCC) qui s'applique pour l'essentiel à la réglementation des accords de distribution. Toutefois, il est important de noter que, même en l'absence de disposition spéciale imposant une telle obligation d'information, notamment dans les contrats de distribution, la question de la rentabilité du contrat de distribution a très tôt été prise en compte par le législateur sénégalais avant l'avènement de la libéralisation des échanges. En effet, pour les contrats de distribution exclusive, le décret n° 70-1335 du 7 décembre 1970 réglementant les contrats d'exclusivité de vente ou d'achat semble faire de la performance économique un élément essentiel de formation du contrat. Aux termes des dispositions de l'article 4-1°, 3° et 4° de ce décret, pour qu'une clause de distribution exclusive puisse être approuvée⁵⁵⁵, elle doit avoir pour but « *d'améliorer et d'étendre les débouchés de la production ou d'assurer le développement du progrès économique par la spécialisation et la rationalisation des circuits de distribution (...)* »⁵⁵⁶. Les conditions d'approbation de la clause de distribution exclusive posées par le décret sont directement en lien avec la nécessité de garantir l'atteinte de l'objectif de progrès économique. Au regard de ces constatations, nous pouvons affirmer le décret de 1970 met à la charge du fournisseur, non pas une obligation de moyen, comme c'est le cas en droit français avec le DIP, mais une obligation de résultat. En effet, il érige en condition d'approbation du contrat de distribution exclusive les objectifs d'amélioration de la production et de progrès économiques des circuits de distribution. Dans cette optique, il est compréhensible, en droit sénégalais, de faire de la performance économique de l'opération contractuelle une obligation de résultat permettant d'agréer le projet de distribution exclusive du fait des impératifs de développement économique et social dans un contexte de sous-industrialisation.

318. La performance économique des accords de distribution, un objectif ancré en droit américain contrôlé par la méthode de recherche des effets économiques des règles juridiques. En droit des contrats américain, même si à la différence du droit français et du droit sénégalais, la recherche de la performance économique n'est pas rattachée à une obligation légale imposée aux parties, à l'exemple du DIP ou sur les objectifs de progrès économique

⁵⁵⁵ Lorsque le contrat de distribution comporte une clause d'exclusivité, ce qui est souvent le cas, l'article 275 du COCC soumet sa validité à l'approbation par l'autorité administrative, à savoir le ministre chargé du commerce.

⁵⁵⁶ Article 4 du décret n° 70-1335 du 7 décembre 1970 réglementant les contrats d'exclusivité de vente ou d'achat, publié dans le COCC annoté, Éditions EDJA, avril 2004.

assignés aux parties, le contrat y est considéré comme utile que lorsqu'il présente un intérêt pour le marché. C'est-à-dire celui qui produit de la richesse et qui permet aux contractants une meilleure utilisation de leurs ressources. Cette approche démontre que le besoin de performance économique du contrat est une fin en soi en droit américain des contrats. C'est pourquoi, en dehors de toute obligation légale imposée aux parties, l'exigence de performance économique du contrat est souvent recherchée par les juges dans les clauses contractuelles. À titre d'exemple, lorsque le juge américain découvre la clause de *best efforts* dans un contrat de distribution, il peut estimer que le distributeur serait tenu de vendre exclusivement les produits du fournisseur, si la vente de produits de fournisseurs concurrents pouvait avoir pour effet de faire baisser la rentabilité des ventes des produits soumis à la clause de *best efforts*. Donc, en droit américain, l'exclusivité du contrat de distribution sur laquelle on pourrait faire dépendre la performance économique du contrat n'est pas une conséquence directe de la loi ou de la volonté commune des parties. Elle découle plutôt du caractère quantifiable, par exemple de la clause de *best efforts* lorsque l'objet sur lequel elle porte serait exposé à une baisse substantielle de la rentabilité du contrat. Toutefois, ce besoin de performance économique peut être organisé conventionnellement par les parties.

319. La performance économique organisée dans le contrat par les parties : l'exemple des clauses de performance. Certaines clauses permettent aux parties d'organiser la protection des valeurs économiques de leurs investissements. Même s'il convient de souligner que le contrat est tout d'abord perçu comme un instrument juridique, il faut néanmoins admettre qu'« *en matière de contrats d'affaires, l'essence même du contrat et la motivation des contractants résident certainement dans l'aspect économique des opérations qu'elles concluent* »⁵⁵⁷. Sur le fondement de la liberté contractuelle, le droit des contrats met à la disposition des contractants un certain nombre de mécanismes et de prérogatives juridiques qu'ils peuvent utiliser pour atteindre la performance économique souhaitée dans leurs rapports contractuels. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous pouvons donner des exemples de clauses qui ont presque les mêmes finalités en droit français, en droit sénégalais et en droit américain. Il peut à cet effet s'agir de la clause de *hardship* qui permet de renégocier le contrat, lorsque, pour des circonstances imprévisibles, ce dernier n'est plus adapté aux circonstances économiques pour être rentable et performant pour les contractants. Une autre clause peut remplir cette même fonction, celle d'offre concurrente qui permet d'adapter le contrat en fonction des données de

⁵⁵⁷ C. PEPINO, *La performance en droit des affaires*, op. cit., p. 116, n° 91.

la concurrence afin de garantir un certain niveau de compétitivité et d'efficacité à son cocontractant en alignant son offre sur celle d'un tiers⁵⁵⁸. La clause du client le plus favorisé fait également partie de cette catégorie. Elle impose au fournisseur de faire bénéficier à son cocontractant distributeur des conditions plus avantageuses qu'il pourrait accorder à un autre distributeur en liant son contrat aux évolutions du marché⁵⁵⁹. Toutefois, en droit français, en droit sénégalais et en droit américain, il faut souligner que ces clauses d'adaptation ne peuvent être mises en œuvre que lorsqu'il y a une augmentation du coût ou de la difficulté d'exécution des obligations contractuelles. Dans le cas contraire, si les circonstances rendent leur exécution impossible ou si elles sont radicalement différentes de ce que les parties avaient prévu, les règles de la doctrine de la frustration et de la résolution du contrat s'appliquent. Il est donc possible pour les parties de contractualiser leur objectif de performance économique, mais il convient de relever que le juge n'est pas exclu à la réalisation de celle-ci à travers l'opération de contrôle de leur caractère abusif, notamment sur le fondement du principe de bonne foi.

320. Pour conclure, la moralisation des contrats d'affaires au vu de leur performance économique est incontestablement aujourd'hui un enjeu saisi par le droit spécial, mais, depuis l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, cet objectif a été renforcé par le législateur français alors qu'il continue d'être timidement pris en compte par quelques textes en droit sénégalais et en droit américain.

Sous-section 2 : Une application divergente des mécanismes de recherche de performance et d'attractivité intégrée en droit commun

321. La performance économique et l'attractivité juridique, un objectif désormais affiché par le droit commun. Lorsque le contrat d'affaires est sans utilité économique et qu'il ne peut pas être rentable ni performant, il ne sert à rien aux parties de le conclure ou de le rendre pérenne. C'est l'approche que le droit américain donne au contrat avec le mécanisme d'analyse économique du contrat et qui a fini par influencer certaines législations. La multiplication des normes à valeur éthique et les différentes réformes du droit des contrats, marquées par l'intégration de considérations morales dans les relations d'affaires, témoignent à certains égards la volonté de prendre en compte la nécessité de considérer l'économie du contrat.

⁵⁵⁸ A.-J. KERHUEL, *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires*, PUAM, 2010, p. 287.

⁵⁵⁹ A.-J. KERHUEL, *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires*, *op. cit.*, p. 291 ; Adde C. ASFAR CAZENAVE, « L'anticipation des risques par l'entreprise », Colloque la Rochelle, Les stratégies d'anticipation des risques dans contrats internationaux, Revue Lamy Droit des Affaires, 2014 ; Adde J. MESTRE (dir.), F. BUY, M. LAMOUREUX, J. HEINICH, J.-C. RODA, *Les principales clauses dans les contrats d'affaires*, *op. cit.*

322. Plan. L'évolution du droit commun des contrats est venue certes acter cet impératif d'efficacité économique du contrat à travers la généralisation des obligations contractuelles, mais leur traitement à l'exemple de l'obligation d'information sur la performance économique dans les trois systèmes juridiques étudiés n'est pas similaire (A). En revanche, le droit français se démarque du droit sénégalais et se rapproche du droit américain par sa spécificité à sanctionner l'erreur sur la rentabilité économique érigée en élément essentiel du contrat sur le fondement de l'erreur sur les qualités substantielles du contrat (B).

A- Le traitement spécifique des obligations contractuelles extrinsèques : l'exemple de l'obligation d'information sur la performance économique

323. La possibilité en droit français pour les parties d'ériger en élément essentiel du contrat d'affaires l'obligation d'information sur la performance économique. La consécration et la généralisation de cette obligation précontractuelle d'information⁵⁶⁰, comme le relève le Rapport au président de la République, étaient une nécessité de manière à rendre « *autonome, indépendamment du devoir de bonne foi, ce principe essentiel à l'équilibre des relations contractuelles* »⁵⁶¹. Ce rôle essentiel à l'équilibre contractuel joué par l'obligation précontractuelle d'information semble concerner au premier chef la performance économique qui se rattache à la spécificité de certains contrats d'affaires, tels que le contrat de concession, le contrat de sous-traitance ou le contrat de franchise, qui l'impose. L'article 1112-1 alinéa 1^{er} du Code civil qui exige la communication de l'information déterminante pour le consentement de l'autre partie, s'ajoute à l'obligation spéciale de communiquer un DIP de l'article L. 330-3 du Code de commerce. Il s'étend à tous les contrats de distribution pour combler la carence laissée par la loi Doubin qui a limité son champ d'application aux contrats de distribution exclusive ou quasi exclusive. Il convient toutefois de préciser qu'il n'y a aucune incompatibilité ou impossibilité de cumuler les deux textes malgré la consécration de l'adage « *le spécial déroge au général* »⁵⁶². En effet, le texte spécial ne dispose pas que les informations listées sont les seules devant être fournies par le contractant qui connaît l'information dont la communication est déterminante pour le consentement de l'autre. Ainsi, l'article 1112-1 du Code civil, par sa généralité, fait que le caractère déterminant de l'information à communiquer peut inclure une obligation d'information précontractuelle sur la performance économique du contrat projeté. Cette dernière, comme élément essentiel de la relation contractuelle, dépend du

⁵⁶⁰ V. *supra*, n° 109 et s.

⁵⁶¹ Rapport au président de la République : J.O, 11 février 2016.

⁵⁶² Article 1105 du Code civil.

type de contrats d'affaires. Cela est particulièrement vrai dans les contrats de franchise ou de distribution, où la performance économique qui est au cœur de la relation contractuelle se retrouve intégrée dans l'économie du contrat⁵⁶³.

324. En effet, la performance économique incarne dans un contrat de franchise, de concession ou de distribution, l'intérêt que trouve chaque partenaire à s'engager dans la relation contractuelle pour la réalisation du gain attendu. C'est pourquoi, l'exigence de communiquer une information déterminante formulée par l'article 1112-1 du Code civil peut porter sur la performance économique lorsqu'elle est déterminante. Toutefois, elle ne doit pas être extérieure au contrat et doit être érigée en élément essentiel du contrat par les parties dans le contrat préparatoire pour constituer une garantie de rationalité *a minima* de la relation d'affaires. À titre d'exemple pratique, si le candidat à un contrat de franchise indique sa volonté de s'engager dans la franchise afin de pouvoir réaliser un chiffre d'affaires déterminé, le franchiseur qui connaît cet objectif de rentabilité ne peut pas ignorer cet élément comme déterminant à son consentement, et doit, par conséquent, lui communiquer les informations dont il dispose à ce titre, notamment sur l'état et les perspectives de développement du marché concerné. Dans cette hypothèse, l'objectif de rentabilité ou de performance du contrat n'est plus un élément accessoire, mais un élément essentiel du contrat, lequel serait un fondement de l'application de l'article 1112-2 du Code civil. Il est donc évident que la formation d'un contrat d'affaires n'est pas une activité primaire en ce sens que le défaut de rentabilité et de performance économique le rend intelligible aux yeux de la société. En effet, le contrat de franchise ou de distribution n'a de sens que lorsque son contenu permet de renforcer sa compétitivité, d'accroître sa part de marché et, en définitive, être rentable et performant pour les contractants et pour la société.

325. La possibilité pour les parties d'ériger en élément essentiel du contrat d'affaires l'obligation d'information sur la performance économique absente en droit sénégalais et en droit américain. À la différence du français, le droit sénégalais et le droit américain ne semblent pas offrir la même possibilité aux parties d'ériger en élément essentiel du contrat l'obligation d'information sur la performance économique. En effet, aucune obligation d'information précontractuelle de droit commun n'est imposée de façon explicite aux parties au contrat. Son absence dans les corps de règles du droit sénégalais⁵⁶⁴ et du droit américain empêche, à l'instar du droit français, de pouvoir en faire un instrument qui sert de

⁵⁶³ C. PEPINO, *La performance en droit des affaires*, op. cit., p. 140, n° 117.

⁵⁶⁴ V. *supra*, n° 134.

base à la recherche de la performance économique des contrats d'affaires. Toutefois, le principe de la liberté contractuelle, très ancré dans ses deux systèmes juridiques, est un fondement qui peut offrir cette possibilité aux parties de faire de l'exigence de performance économique, un élément essentiel du contrat. Même si, en droit américain, le *misrepresentation*, concept différent du dol, est sanctionné par le juge, il n'est toutefois pas fondé sur l'obligation précontractuelle d'information. En effet, il est sanctionné, en principe, non pas sur le fondement de l'obligation d'information précontractuelle, mais sur celui de la divulgation d'une information erronée,⁵⁶⁵ même en l'absence de volonté de tromper. Cela présente une différence majeure avec le droit français qui couvre cette hypothèse, en l'absence de volonté de tromper, par l'erreur. L'action peut donc être fondée sur l'erreur, dès lors que, même si l'information sur la performance économique est déterminante pour le consentement de l'autre, celle des parties qui détient celle-ci peut légitimement le taire si aucune obligation expresse n'impose sa communication. Toutefois, il serait possible sans doute en droit sénégalais et en droit américain de faire recours à la bonne foi afin de faire de la communication d'une information sur la performance économique, lorsqu'elle s'avère être déterminante et rattachée à la substance du contrat, une obligation précontractuelle. En outre, en droit des contrats américain, il est possible de faire recours au mécanisme de la *negligent misrepresentation* dans la situation d'un contractant trompé par le cocontractant qui n'avait pas l'intention de l'induire en erreur, mais qui a manqué à son obligation de « *duty care* », c'est-à-dire une obligation de prendre soin des intérêts de son partenaire.

326. L'utilité économique du contrat pleinement intégrée dans le renouveau de la bonne foi, corolaire de l'obligation d'information. « *Tel Cerbère, le chien à plusieurs têtes gardant les portes d'Hadès, la bonne foi présente plusieurs visages* »⁵⁶⁶, parmi lesquels fait partie l'optimisation de la performance économique du contrat d'affaires. À travers le principe de bonne foi, aujourd'hui pleinement intégré dans le champ contractuel, des moyens se sont développés, sous couvert d'un certain nombre d'exigences comportementales, telles que le devoir de loyauté, le devoir de coopération ou de diligence pour atteindre la performance économique au sein des contrats d'affaires. Tout contractant, étant tenu d'agir de bonne foi, serait dans l'obligation morale d'avoir un comportement cohérent, diligent, altruiste afin de pouvoir réaliser le but projeté dans la relation contractuelle, même en l'absence d'une

⁵⁶⁵ S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi dans les contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op. cit., p. 99, n° 101.

⁵⁶⁶ Y. LOUSSOUARN, « Rapport de synthèse », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIII, Litec 1992, p. 7, spéc. p. 11 s.

obligation de résultat. À travers cette approche, la bonne foi semble être un instrument indispensable de la relation contractuelle au vu du rôle qu'il peut jouer dans l'atteinte d'un certain niveau de performance. Ainsi, la bonne foi qui sert de relais au principe de force obligatoire du contrat, et souvent de fondement à l'obligation d'information, vise souvent à rappeler l'impératif de préserver l'utilité du contrat⁵⁶⁷.

327. Le renouveau de la bonne foi dans le champ contractuel a souvent été relayé comme tourné vers l'efficacité et la rentabilité économique ou commerciale de la relation contractuelle parce que, pour réussir à rendre le contrat économiquement performant, il fallait inculquer des comportements moraux aux parties. C'est en effet ce que nous enseigne le regain du principe de la bonne foi comme outil moralisateur du contrat au sein des nouvelles sources. Et c'est ce même besoin de lutte démesurée contre tout déséquilibre contractuel, d'efficacité, de rentabilité et d'utilité du contrat qui a prédestiné le célèbre arrêt « *Huard* ». En l'espèce, la Haute juridiction, dans sa décision, rendue le 3 novembre 1992, avait considéré que « *la société BP était tenue d'intégrer M. Huard dans son réseau en lui assurant une rentabilité acceptable* » et « *en privant M. Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi* »⁵⁶⁸. Pour les juges, il fallait rétablir l'équilibre contractuel en imposant une certaine morale de prise en compte de l'intérêt de l'autre. En exécutant le contrat de bonne foi, c'est l'exécuter utilement en permettant à son cocontractant de réaliser le but recherché dans le contrat. Il faut donc constater que la question de la performance économique ou de la rentabilité était au cœur de cette affaire. En effet, il était stipulé dans le préambule du contrat de distribution que le fournisseur devait faire bénéficier au distributeur « *diverses aides dans les limites d'une rentabilité acceptable* ».

328. En définitive, il faut également relever que les prérogatives contractuelles de gestion du contenu contractuel fondé sur le principe de bonne foi sont des instruments qui permettent aux parties de rendre le plus conforme possible les effets de l'exécution du contrat à leurs attentes légitimes et à l'économie du contrat⁵⁶⁹. Sur le fondement de la bonne foi, il faut accepter que le contenu du contrat puisse être ajusté en fonction des attentes, dès lors que, face

⁵⁶⁷ J.-L. RESPAUD, *L'obligation de contracter dans le contrat-cadre de distribution*, thèse Montpellier, 2000.

⁵⁶⁸ Cass. com., 3 nov. 1992, no 90.18-547, *Bull. civ. IV*, n° 338, *RTD civ.* 1993, p. 124, obs. Mestre J., *JCP éd. G* 1993, II, n° 22164, note Virassamy G., *Contrats, conc, consom.* 1993, no 45, obs. Leveneur L., *Defrénois* 1993, art. 35663, n° 131, note Aubert J.-L., *D.* 1995, som., p. 85, obs. Ferrier D.

⁵⁶⁹ A.-J. KERHUEL, *L'efficience stratégique du contrat d'affaires*, *op. cit.*, p. 218, n° 271.

aux aléas d'un environnement juridique et économique changeant que les parties ne peuvent pas toujours anticiper, la performance économique du contrat se trouve fragilisée⁵⁷⁰.

B- Le contrôle de l'erreur sur la rentabilité économique des contrats d'affaires : un mécanisme spécifique au droit français

329. La reconnaissance en droit français de l'erreur sur la rentabilité économique sur le fondement de l'erreur sur les qualités substantielles : un rapprochement avec le droit américain. Dans les sociétés capitalistes caractérisées par l'échange et la propriété privée, l'importance et la signification de la performance économique du contrat n'ont pas besoin d'un plaidoyer absolu en leur faveur. Depuis la réforme du droit des contrats, dont l'enjeu est essentiellement économique, le droit français des contrats se rapproche davantage du droit américain des contrats. En effet, modèle et source d'inspiration à une certaine époque pour de nombreuses législations étrangères, le droit des contrats français semble aujourd'hui s'inspirer en partie du droit américain. Le but est de pouvoir répondre aux objectifs d'efficacité économique et de rationalisation du droit, plus valorisés aujourd'hui par la communauté internationale. La professeure H. Muir-Watt résume bien la place importante de la performance économique du contrat en droit américain en affirmant que, dans ce système juridique, le contrat n'a de raison d'être que « *par l'intérêt qu'il représente pour le marché, c'est-à-dire en tant qu'instrument de création de richesse (...). Le contrat qui crée de la richesse mérite d'être exécuté ; celui qui, en emprisonnant le débiteur dans une opération économique qui ne représente plus pour lui la meilleure façon d'utiliser ses ressources, peut disparaître avec l'aval du droit, le laissant libre de les réallouer* »⁵⁷¹. À cet effet, cette influence patente de l'analyse économique du droit américain des contrats sur le droit français, conduit d'une part, à maintenir la relation contractuelle lorsqu'elle est « juste et utile » et, d'autre part, à procéder à son anéantissement afin de limiter les pertes, lorsqu'elle n'a plus une utilité socio-économique⁵⁷². Nous pouvons constater que la performance économique, facteur de la moralisation des contrats d'affaires, est donc parfois protectrice de la relation contractuelle, conduisant ainsi à la reconnaissance d'une erreur sur la rentabilité par le juge, appréciée à travers l'erreur sur les qualités essentielles.

⁵⁷⁰ *Ibid.*

⁵⁷¹ H. MUIR-WATT, « La modération des dommages en droit anglo-américain », *op. cit.*, p. 47.

⁵⁷² V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Les résultats : une nouvelle conception du contrat ? », in V. Larribau-Terneyre et S. Pellé (dir.), *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, Presses de l'Université de Pau et des pays d'Adour, 2016, p. 40.

330. Le contrôle par le juge français de l'erreur sur la rentabilité économique, essence du contrat d'affaires. Le juge, à travers le nouvel article 1132 du Code civil qui dispose que « *l'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant* », se voit reconnaître la faculté d'apprécier la performance économique comme un élément essentiel du contrat d'affaires. Les qualités essentielles de la prestation s'entendent conformément à l'article 1133 du Code civil de, « *celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté* ». Ainsi, en raison du point de vue objectif adopté par la jurisprudence, l'erreur sur la rentabilité économique pourrait constituer un motif de nullité si elle empêche que le contrat puisse accomplir sa fonction. C'est-à-dire sur l'utilité du contrat que les parties sont légitimement en droit d'attendre de leur relation contractuelle. En pratique, cette erreur sur les qualités essentielles pourrait consister en une mauvaise évaluation du potentiel de la franchise à être rentable et performante. Par exemple, les prévisions de chiffre d'affaires communiquées par le franchiseur au franchisé pourraient être nettement supérieures aux résultats réellement obtenus.

331. Illustration de l'admission par la Cour de cassation de l'erreur sur la rentabilité économique appréciée sur le fondement de l'erreur sur les qualités essentielles comme cause de nullité du contrat d'affaires. Après plusieurs hésitations, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 4 octobre 2011, n'entend plus refuser de reconnaître qu'une appréciation erronée de la rentabilité économique d'un contrat d'affaires puisse constituer une erreur sur les qualités substantielles. La Chambre commerciale avait censuré la décision de la Cour d'appel en retenant que celle-ci aurait dû rechercher « *si les circonstances ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise* »⁵⁷³. Ainsi, si l'erreur sur la rentabilité économique, comme le dit la Cour de cassation, peut faire partie des causes de nullité du contrat, c'est parce que les contrats d'affaires, à l'exemple du contrat de franchise ou de distribution, intègrent dans leur contenu la performance ou la rentabilité économique comme un élément qui serait objectivement essentiel⁵⁷⁴, justifiant l'engagement

⁵⁷³ Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.956, D 2011, 3052, note N. Dissaux ; D 2012, 459, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki ; Gaz. Pal. 2012, 11, p. 18, obs. D. Houtcieff ; JCP 2012, n° 6, p. 250, obs. J. Ghestin ; RDC 2012, 64, obs. T. Génicon ; RDC 2012, 2, obs. C. Grimaldi ; RLDA 2012, 3830, obs. A. Riéra ; RLDC 2012, n° 98, p. 74, note D. Mainguy.

⁵⁷⁴ V. notamment : T. GENICON, op. cit. L'auteur observe que « *la franchise relève sans aucun doute possible de ces types contractuels dont l'économie est tout orientée à l'aménagement d'une rentabilité potentielle* ».

de chaque partie au contrat. Pour tous les contrats d'affaires, empreintes d'espoir de rentabilité pour les contractants, la performance économique est sans aucun doute une question de qualité substantielle et serait qualifiée d'essentielle lorsqu'elle entre dans le champ contractuel. Toutefois, l'erreur sur la rentabilité économique ne doit pas être assimilée à l'erreur d'appréciation économique, laquelle porte sur la valeur de la prestation ou encore sur la solvabilité de son cocontractant et qui ne peut pas être une cause de nullité du contrat⁵⁷⁵.

332. Illustration de la confirmation par la Cour de cassation de sa jurisprudence admettant que l'erreur sur la rentabilité économique pouvait constituer une erreur sur les qualités essentielles. Dès lors qu'on admet que la rentabilité économique est l'essence même d'un contrat d'affaires, la nullité peut être invoquée en cas de mésentente majeure⁵⁷⁶. En effet, « *il est nul s'il est évident dès l'origine qu'il ne peut apporter à l'une des parties la rentabilité escomptée ; il est nul s'il existe un écart excessif entre la rentabilité promise et les résultats obtenus* »⁵⁷⁷. Il est donc vrai que l'erreur sur la rentabilité économique et l'erreur sur les qualités essentielles ne sont pas forcément incompatibles ou contradictoires, empêchant toute possibilité de conciliation. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a clairement exposé cette approche contemporaine, estimant dans un arrêt rendu le 10 juin 2020 que, sous certaines conditions, l'erreur sur la rentabilité économique du contrat pouvait constituer une erreur sur les qualités essentielles et pourrait entraîner la nullité du contrat⁵⁷⁸.

333. En l'espèce, un contrat a été signé le 29 juillet 2011 pour l'exploitation d'un commerce en franchise de vente en détail de chocolats. Après trois années d'exploitation, la société franchisée a été mise en liquidation et a assigné le franchiseur en annulation du contrat pour vice du consentement et en versement de dommages-intérêts. La Haute juridiction approuve la position de la Cour d'appel qui reprochait au franchiseur d'avoir communiqué des comptes provisionnels erronés et révélés comme exagérément optimistes. Selon les juges du fond, ces informations « *avaient provoqué, dans l'esprit des cocontractants, novices dans le secteur économique concerné, une erreur sur la rentabilité de leur activité, portant sur la substance même du contrat de franchise, pour lequel l'espérance de gain est déterminante, et que c'est en raison de cette erreur déterminante que le franchisé avait été conduit à conclure le contrat litigieux* ». Les autres éléments qui ont permis la caractérisation de l'existence d'une

⁵⁷⁵ J. GHESTIN, « Erreur », *Rep. civ.* Juill. 2017, n° 329.

⁵⁷⁶ M. OUDIN, « La rentabilité, une notion juridique en construction », in *Hommage en l'honneur de Grégoire Forest*, Dalloz, 2014, p. 180.

⁵⁷⁷ *Ibid.*

⁵⁷⁸ Cass. com., 10 juin 2020, n° 18-21536.

erreur sur les qualités essentielles sont, premièrement, l'écart qui existe entre ces prévisions et les chiffres d'affaires réalisés par la société franchisée qui dépasse la marge d'erreur inhérente à toute donnée de compte d'exploitation provisionnel, non imputable au franchisé. Deuxièmement, la grande négligence du franchiseur sur obligation d'assistance qui aurait « valider l'emplacement choisi par le franchisé et négocier les conditions du bail qui s'est avéré inadapté en raison d'une superficie trop, vaste et d'un loyer excessif, rendant l'affaire du franchisé non viable ». À cet égard, selon la Haute juridiction de la Chambre commerciale, « s'ils n'induisent pas en soi un vice de consentement du franchisé, non seulement démontrent les manquements du franchiseur à ses obligations de conseil, mais, en outre, renforcent la portée des informations erronées sur les prévisionnels et les conséquences de l'absence d'état du marché local, puisque le coût du bail représente une donnée essentielle en considération de laquelle le franchisé a élaboré son projet d'installation ».

334. L'aléa de la rentabilité intégré dans le champ contractuel qui le transforme en élément essentiel du contrat, vice du consentement. En intégrant dans le champ contractuel l'aléa de la rentabilité à travers des éléments concordants de viabilité de l'activité qui avaient été déterminants pour le consentement du franchisé, alors qu'il était censé chasser l'erreur, la Cour de cassation a pu déduire que la rentabilité économique serait de l'essence même du contrat de franchise⁵⁷⁹. Les éléments d'appréciation pris en compte par les juges sont les données communiquées qui ont permis de relever l'impuissance du contrat de franchise à remplir sa fonction économique, notamment de garantir une rentabilité attendue par le franchisé sur la base des informations communiquées par le franchiseur. En effet, les informations fournies étaient des éléments essentiels sur lesquels le franchisé s'était basé pour s'engager. La décision montre une prévalence pour les juges de l'analyse économique de la relation contractuelle. Ainsi, l'atteinte de l'intérêt économique du contrat de franchise s'étant révélée impossible, cela a justifié sa résiliation. C'est donc une analyse qui permet à la jurisprudence française de se rapprocher de celle américaine déjà ancrée dans cette approche avec la *doctrine of frustration*, du *reasonable expectations* ou du *reliance interest*.

335. Une double vérification mise en œuvre par le juge pour sanctionner l'erreur sur la rentabilité économique. D'une part, il faut vérifier que les résultats réels de la société franchisée présentaient manifestement une incohérence et un écart significatif avec les données produits par le franchiseur et, d'autre part, que les mauvais résultats de rentabilité ne pourraient

⁵⁷⁹ V. notamment, Cass. Com., 12 mai 2021, n° 19-17.701.

pas être imputables au franchisé. Cette solution a été rendue sous l'égide du droit antérieur à la réforme du droit des contrats. Et dans un deuxième arrêt rendu en application du droit nouveau qui vient confirmer cette position, la Chambre commerciale, dans sa décision du 24 juin 2020⁵⁸⁰, pose le cadre et l'hypothèse dans laquelle la nullité pour erreur sur la rentabilité peut être invoquée. La Haute juridiction soutient que « *l'erreur sur la rentabilité du concept d'une franchise ne peut conduire à la nullité de contrat pour vice du consentement du franchisé si elle ne procède pas de données établies et communiquées par le franchiseur* ». Ces hypothèses permettent de conclure que le franchiseur a tout intérêt à ne pas s'engager, directement ou indirectement, à produire des éléments provisionnels de rentabilité économique de la relation d'affaires.

336. Toutefois, il convient donc de relever que le juge et le législateur ont fini par être saisis par l'impératif de l'efficacité économique du droit des contrats d'affaires, dont la dimension libérale et utilitariste découle des valeurs morales et sociales que véhiculent les modèles contractuels américain et français. Ainsi, il faut souligner que, ni le juge ni le législateur sénégalais n'ont encore ressenti la pesanteur d'adhérer à une vision plus morale et utilitariste du contrat. Ils n'ont pas manifesté explicitement, à travers le COCC, leur désir de modéliser l'efficacité économique et la rationalisation du droit des contrats. Nous pensons que, sous l'effet de la mondialisation des relations d'affaires, laquelle emporte une mise en concurrence accrue entre différents systèmes juridiques, le législateur sénégalais devrait entreprendre une réforme du droit des obligations. Les objectifs seraient, d'une part, de clairement identifier les spécificités du droit sénégalais et, d'autre part, de le moderniser à l'aune des exigences d'efficacité économique. L'objectif est de le rendre plus attractif et de l'adapter aux besoins de performances du monde des affaires, même si ce rôle est aujourd'hui porté par le droit OHADA.

En résumé, la théorie de l'erreur sur les qualités essentielles devrait désormais permettre de dépasser l'obstacle consistant à exiger des parties qu'elles considèrent la rentabilité économique du contrat comme un élément essentiel pour que l'erreur sur celui-ci soit admise.

337. Conclusion de la section 1. La libéralisation de la règle de droit au service d'une attractivité juridique et d'une plus grande efficacité économique du contrat ne doit pas être appréhendée comme un asservissement du droit à l'économie. En effet, cette nouvelle vision utilitariste du droit des contrats, même si elle comporte certaines limites en raison notamment

⁵⁸⁰ Cass. com., 24 juin 2020, n° 18-15.249.

de l'usage parfois démesuré de certaines notions qui ne sont pas encore totalement restaurées, elle ne risque pas de désacraliser la règle de droit. L'objectif du droit des contrats est non seulement de promouvoir la justice et l'équité dans les relations d'affaires, mais également de rappeler que le contrat présente une utilité économique à préserver. L'idéal serait de trouver un rapprochement entre la logique de l'analyse économique du contrat décrite comme égoïste et la logique de l'analyse moraliste du contrat décrite comme altruiste. Ainsi, si incontestablement l'influence du droit américain, en raison notamment de la globalisation des échanges sur la vision théorique de la performance économique du droit, est bien réelle, toutefois, l'histoire, la tradition, la culture de chaque système juridique continuent de fonder l'impératif de différenciation et d'autonomisation de chaque droit transféré.

338. En toutes hypothèses, sans aucun doute, les réformes du droit des contrats entreprises depuis plusieurs années manifestent l'idée selon laquelle l'efficacité économique et l'attractivité juridique qui entourent le droit des contrats sont des enjeux importants pour les législateurs et les juges. Cet impératif facilité par la moralisation du droit des contrats semble également être recherché à travers les outils technologiques qui intègrent la sphère contractuelle dans une ère moderne.

Section 2 : Moralisation, exigence de performance économique et outils technologiques innovants

339. La réception des outils techno-contractuels pour la gestion de la sécurité et de l'efficacité économique des opérations contractuelles. La révolution technologique est venue faire du contrat un objet de la *blockchain* et des *smart contracts*. Il est vrai que le développement des outils technologiques, tels qu'internet et le commerce électronique, a profondément impacté le monde du commerce et des contrats par la simplification des échanges, mais il n'est pas dépourvu de risques. Le Professeur M. Mekki note que « *l'utilisation de la technologie des blockchains en général et du smart contract en particulier permet de renforcer la sécurité de la conclusion et de l'exécution du contrat* »⁵⁸¹. Ces procédés d'automatisation du contrat à l'heure de la réception du modèle *techno-contractuel* sont perçus comme des instruments permettant de renforcer l'efficacité économique du processus contractuel⁵⁸². Cependant, leur utilisation a suscité de nombreuses questions dont la réflexion a été nourrie, tout d'abord par les auteurs américains, puis par ceux français, sans toutefois faire intervenir le législateur pour

⁵⁸¹ M. MEKKI, « Le contrat, objet des *smart contract* », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 409.

⁵⁸² *Ibid.*

poser des règles spécifiques dans les différents droits positifs étudiés. En effet, le législateur s'est contenté jusque-là à ne donner que des lignes directrices pour régir ces outils technologiques, notamment la *blockchain*⁵⁸³. Ainsi, en droit français, malgré la récente réforme du droit des contrats par l'ordonnance n° 2016-131 du 16 février 2016, les contrats du numérique ne sont pas intégrés dans le droit positif. Il faudra sans doute pour l'heure, pour régir ces outils technologiques, se contenter des lois de 2000 et de 2004 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information relative à la signature électronique et à la confiance dans l'économie numérique⁵⁸⁴. En droit sénégalais, l'introduction de la technologie du *smart contract* dans la gestion des contrats est relativement faible, voire quasi inexistante, ce qui justifie l'absence de son encadrement juridique. Ces outils technologiques sont souvent spécifiés pour la vérification et l'exécution d'une opération contractuelle afin d'assurer leur amélioration. Ils n'entrent pas donc dans le champ d'application de la loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques et de la loi n° 2008-11 du 25 janvier 2008 relatif au commerce électronique, adoptées par le législateur sénégalais.

340. Plan. L'époque contemporaine connaît une accélération notable des innovations et l'émergence d'outils technologiques qui ont réussi à s'insérer dans le paysage des contrats d'affaires. Seront donc successivement étudiés le recours des *smart contracts* fondés sur des *blockchains* (**sous-section 1**) et les atouts et risques liés aux *smart contracts* fondé sur des *blockchains* (**sous-section 2**).

Sous-section 1 : Le recours aux *smart contracts* fondés sur des *blockchains*

341. L'utilisation des *smart contracts* dans les contrats d'affaires, un moyen de favoriser la performance économique du contrat. Pour l'auteur américain Nick Szabo, père incontesté de la notion de *smart contract* développée dans les années 1990⁵⁸⁵, grâce à la confiance que la *blockchain* offre aux contractants, le processus de vérification, de sécurisation et d'exécution d'une opération contractuelle par le biais d'outils cryptographiques et de mécanismes de sécurité numérique pourrait permettre d'améliorer considérablement l'efficacité

⁵⁸³ V. notamment : *Arizona House Bill 2417*, 29 mars 2017, *Nevada Senate Bill 398*, 5 juin 2017, *Delaware Senate Bill 69*, 21 juillet 2017, l'Ordonnance n°2017-1674, 8 décembre 2017 relative à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers et ses décrets d'application.

⁵⁸⁴ Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique ; Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

⁵⁸⁵ L. LELOUP, *Blockchain, La révolution de la confiance*, Eyrolles, 2017, p. 31 et s.

des relations contractuelles⁵⁸⁶. En effet, grâce à leurs fonctions d'automatisation, cela a facilité la conclusion de certains contrats, à réduire les coûts des transactions et à assurer une sécurité supérieure de la mise en application de la loi pour le respect des engagements contractuels⁵⁸⁷. En tant qu'outils technologiques qui ont pour avantage de garantir l'immutabilité des termes du contrat⁵⁸⁸, le cadre de sécurité que les *smart contracts* offrent aux opérations contractuelles effectuées sur les *blockchains* peut être présenté comme propice à assurer l'intégrité morale des engagements contractuels.

342. Plan. Les principaux objectifs du recours aux mécanismes informatisés qui peuvent être d'ordre économique et rationnel, résident dans le besoin de garantir l'intégrité des stipulations contractuelles, de minimisation des cas d'inexécution, de réduction des conflits et des coûts procéduraux de résolution et d'exécution forcée du contrat en cas d'inexécution des obligations contractuelles. Ainsi, au regard de la moralité contractuelle, l'utilisation des *smart contracts* pourrait permettre d'assurer une représentation concrète de l'intérêt économique du contrat d'affaires (A) et garantir leur optimisation (B), même s'il faut admettre que tout n'est pas *smart contractuel* et qu'il existe des limites et un côté obscur des algorithmes.

A- La représentation technologique de l'intérêt du contrat

343. *Smart contracts* et sécurisation de l'intérêt économique du contrat d'affaires. L'innovation technologique est consubstantielle à la société contemporaine. Il est une création de l'ingénierie humaine⁵⁸⁹, un reflet de l'évolution de la société qui emporte naturellement avec elle l'adaptation des outils et règles juridiques de la pratique contractuelle. En effet, le contrat qui organise et encadre les relations de ceux qu'il met en lien a connu plusieurs évolutions. De l'accord oral à celui écrit, le cadre contractuel est déjà bien établi. Aujourd'hui, il accueille une nouvelle approche techno-contractuelle pour renforcer la clarté, la fiabilité et la rentabilité. Ces objectifs sont réalisés en faisant recours à un programme informatique auto-exécutable dénommé *smart contract*, lequel est inscrit dans la *blockchain*. Cette dernière est une technologie née après la crise des *subprimes* de 2008. Elle est présentée par le Professeur M. Mekki, comme étant « *une technologie combinant le système de hashage, le processus peer*

⁵⁸⁶ N. SZABO, "Smart Contracts : Formalizing and Securing Relationships on Public Networks", First Monday, 1st september 1999.

⁵⁸⁷ Y. COHEN-HADRIA, « Blockchain : révolution ou évolution. La pratique qui bouscule les habitudes et l'univers juridique », *Dalloz IP/IT* 2016. 537.

⁵⁸⁸ C. LEVENEUR, *Les smart contracts : étude de droit des contrats à l'aune de la blockchain*, Thèse Droit, Paris, 2022, n° 67 et s, p. 59 et s.

⁵⁸⁹ L. MOUNOUSSAMY, « Le smart contract, acte ou hack juridique ? », *LPA*, n° 037, 2020, p. 12.

to peer et la sécurité des clefs cryptographiques asymétriques. Elle a pour objet la transmission et le stockage de données sur un réseau, usant d'un système de contrôle décentralisé, sans intervention d'un tiers de confiance. Les données figurant sur la blockchain, vérifiées et validées par l'ensemble des utilisateurs du réseau au moyen de systèmes variables, sont censées être immuables, inaltérables et infalsifiables »⁵⁹⁰. Dans sa définition la plus simple et concise proposée par la CNIL « la blockchain est une technologie de stockage et de transmission d'informations, transparente, sécurisée, et fonctionnant sans organe central de contrôle »⁵⁹¹. Pour le smart contract qui n'a pas encore fait l'objet de définition unanime, il est décrit par N. Szabo comme « un protocole de transaction informatisé qui exécute les conditions d'un contrat »⁵⁹². Autrement dit, c'est un ensemble d'instructions données à travers un programme informatique qui, une fois que les conditions prédéfinies dans le code informatique se réalisent, permet d'exécuter automatiquement l'accord convenu entre les parties au contrat. Ainsi, à l'ère de la révolution du numérique, un regard furtif illustre l'irruption des outils technologiques dans la technique contractuelle.

344. Il est clair que, grâce aux avancées technologiques, les *blockchains* et les *smart contracts* permettent de faire évoluer le modèle classique de la pratique contractuelle. Ils visent, en effet, à améliorer son perfectionnement en cherchant à rendre plus *smart*, l'exécution ou l'anéantissement des contrats afin de tenir compte des intérêts économiques des contractants. Certes, pour l'heure, leurs manifestations dans la pratique contractuelle semblent être couvertes d'obscurités. Mais il est possible de les clarifier dès lors que les traits des *smart contracts* se concilient parfaitement avec les besoins et intérêts spécifiques des contrats d'affaires⁵⁹³ : rapidité dans l'exécution, traçabilité, sécurité, intégrité, performance économique, etc. À cet égard, le droit des contrats d'affaires perçu comme utilitariste, avant-gardiste et plus réceptif à de telles innovations technologiques par rapport au droit civil semble offrir un terrain fertile pour le développement des *smart contracts* basés sur la technologie des *blockchains*⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰ *Ibid.*

⁵⁹¹ CNIL, définition « Blockchain » : <https://www.cnil.fr/fr/definition/blockchain>, site consulté le 19 avril 2024.

⁵⁹² N. Szabo, « Smart Contracts : Formalizing and Securing Relationships on Public Networks », *op. cit.*

⁵⁹³ L. D. MUKA TSHIBENDE, « Smart contracts et contrats d'affaires », in M. Cannarsa, J.-L. Piotraut, A. Quiquerez et L. Randrianarina (dir.), *Droit des affaires et intelligence artificielle. Diagnostic et prospective*, mare et martin, 2023, p. 82.

⁵⁹⁴ *Ibid.* ; Adde B. ANCEL, « Les smart contracts : révolution sociale ou nouvelle boîte de Pandore ? Regard comparatiste », *CCE* 2018, n° 7/8, p. 15.

345. Sur la base de cette présentation idéaliste, la technologie des *smart contracts* est présentée comme étant de nature à favoriser la réactivité des contractants⁵⁹⁵, la sécurité, la transparence et la fiabilité des transactions. Elle pourrait au regard de cette approche, dans la logique de management des contrats d'affaires⁵⁹⁶, créer les conditions qui permettent la performance économique de ces derniers. Même si les caractéristiques des *smart contracts* peuvent parfois être de nature à contrarier le contrôle des comportements, il est possible de les appréhender comme des outils supplémentaires de moralisation des contrats d'affaires dès lors que l'un de ses potentiels réside dans la transparence des actions menées par le biais de ces technologies. En effet, l'un des aspects essentiels pour un *smart contract* éthique réside dans la suppression du tiers de confiance (banque, avocat, notaire...) réduisant considérablement les risques de fraude, d'abus ou de corruption possibles dans les relations d'affaires.

Dans ses écrits sur le sujet, le Professeur D. Houtcief relègue que « *le développement des nouvelles technologies renforce l'efficacité de la convention en recourant à une forme moderne et virtuelle d'automatisation* »⁵⁹⁷. C'est dans ce contexte que s'inscrit généralement l'usage des *smart contracts* dans les contrats d'affaires afin de tirer avantage de ses atouts et renforcer l'efficacité économique du contrat d'affaires.

346. Illustrations de l'utilisation du *smart contrat* dans un contrat de distribution.

En pratique, les parties à un contrat de distribution de produits agricoles ou alimentaires peuvent faire usage de *smart contracts*. Les instructions peuvent stipuler que le paiement du prix prévu dans le contrat s'exécutera automatiquement lorsque les conditions de livraison à une certaine date ou de conformité des produits requises seront remplies. Les termes du contrat seront donc immuables et inviolables et l'un des atouts est de garantir l'exécution du contrat en privant aux parties la possibilité de modifier le contenu du contrat ou de se retirer pour une raison ou une autre. Ainsi, le *smart contract* pourrait être appréhendé comme un outil permettant de renforcer le contrôle effectué par la Directive européenne n° 2019/1633 du 17 avril 2019⁵⁹⁸. À travers ses dispositions, elle interdit au distributeur d'annuler une commande de produits agricoles et alimentaires périssables dans une échéance très brève, empêchant le producteur ou le

⁵⁹⁵ D. HOUTCIEFF, « La réactivité en droit contemporain des contrats : des réactions unilatérales au *smart contract* », *Gaz. Pal.*, n° 354, 2019, p. 9.

⁵⁹⁶ E. BARBRY, « *Smart contracts... Aspects juridiques !* », in *Blockchains et smart contracts : des technologies de confiance ?*, *Réalités Industrielles, Séries des annales des mines*, 2017, p. 78.

⁵⁹⁷ D. HOUTCIEFF, « La réactivité en droit contemporain des contrats : des réactions unilatérales au *smart contract* », *op. cit.*

⁵⁹⁸ PE et Cons. UE, dir. 2019/1633 du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire.

fournisseur de trouver une autre solution pour commercialiser lesdits produits⁵⁹⁹. Il faut aussi relever qu'on lui interdit de modifier unilatéralement les conditions principales de l'exécution de l'opération contractuelle, tels que les conditions de paiement du prix, la méthode, le lieu de livraison des produits, les normes de qualités⁶⁰⁰ ; ou de menaces de représailles du producteur ou du distributeur qui souhaite faire valoir ses droits⁶⁰¹. Ainsi, l'intégration de cette technologie au sein de la pratique contractuelle pour lui donner un support digitalisé vient mettre un terme au monopole humain⁶⁰². Toutefois, sans mettre en doute les atouts que présentent les *smart contracts* pour promouvoir la performance économique des contrats d'affaires, il convient de relever que leur encadrement juridique par les législations ou par les juges pose question.

347. L'absence d'un cadre de réglementation des *smart contracts* basés sur la technologie de la *blockchain* en droit français et en droit sénégalais. Les *smart contracts* qui sont consubstantiellement liés à la technologie de la *blockchain* ne sont ni un contrat⁶⁰³, ni un contrat intelligent⁶⁰⁴ né de la rencontre d'une offre et d'une acceptation, mais un simple procédé technique d'exécution automatique des obligations contractuelles. Ainsi, n'étant pas en présence d'un processus contractuel complet⁶⁰⁵, les *smart contracts* ne disposent pas de réglementation spécifique en droit français et en droit sénégalais. Ils créent à cet effet un cadre légal incertain, dans la mesure où les droits positifs existants ne sont pas pour l'heure adaptés aux problématiques juridiques que cette technologie peut soulever. Malgré les avantages de sécurité, d'intégrité et de fiabilité qui sont attribués aux *smart contracts*, ceux-ci pourraient en contrepartie souffrir de leur absence de réglementation juridique en matière contractuelle. En effet, si l'avènement de la généralisation de l'irrigation des *smart contracts* dans la pratique contractuelle est devenu une réalité, le législateur français, depuis la réforme du droit des contrats de 2016, jusqu'à l'heure semble peu disposé à encadrer ces nouvelles pratiques contractuelles qui reposent sur les outils technologiques. Comme le note le Professeur J.-C. Roda « *le noyau des règles issues du Code civil reste pour le moment profondément ancré dans*

⁵⁹⁹ V. art. 3, 1, b de la Directive 2019/1633 du 17 avril 2019.

⁶⁰⁰ V. art. 3, 1, c de la Directive 2019/1633 du 17 avril 2019.

⁶⁰¹ V. art. 3, 1, h de la Directive 2019/1633 du 17 avril 2019.

⁶⁰² J. KLEIN, « Repenser le contrat à l'ère numérique », *Revue des juristes de Sciences Po*, n° 17, 2019, p. 8 et s.

⁶⁰³ V. notamment : G. CATTALANO, « *Smart contracts* et droit des contrats », *AJ Contrat* 2019, p. 321 ; M. MEKKI, « Le contrat, objet des *smart contract* », *op. cit.* ; G. Guerlin, « Considérations sur les *smart contracts* », *Dalloz IP/IT* 2017. 512 ; D. HOUTCIEFF, « La réactivité en droit contemporain des contrats : des réactions unilatérales au *smart contract* », *op. cit.* ; F. GILLOZ, « Du contrat intelligent au contrat juridique intelligent », *Dalloz IP/IT* 2019, p. 16.

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ L. GRYNBAUM, « « *Blockchain* », « *IA* », et « *smart contract* » : actuellement une simple exécution du contrat », in L. Grynbaum, C. Le Goffic, L. Pailler (dir.), *Précis Droit des activités numériques*, Dalloz, 2023, p. 101.

le passé. (...) les contrats électroniques sont les grands ignorés de la réforme du droit des contrats »⁶⁰⁶. À l'instar de son homologue sénégalais qui n'a pas entrepris de réforme du COCC depuis son adoption, le législateur français a ainsi choisi, malgré la réforme du droit des contrats de 2016, d'adopter une attitude vigilante. Toutefois, il n'a pas manqué d'assimiler à travers l'article L. 223-12 du Code monétaire et financier, l'inscription de la cession de minibons dans la *blockchain* à un « écrit sous seing privé ». En droit français, il est également possible, depuis un arrêté du 21 juillet 2023, d'identifier des règles qui encadrent l'utilisation des *smart contracts* dans le domaine financier, notamment l'article 722-1 6° du Règlement général de l'Autorité des marchés financiers. D'autres règles existent à l'échelle européenne, à l'exemple du règlement Data Act du 13 décembre 2023. L'article 34 dudit règlement pose les règles concernant l'utilisation des *smart contracts* dans les accords de partages de données. Bien qu'il existe ces textes épars, ces technologies sont encore dans un flou juridique.

348. L'existence d'un cadre de réglementation des *smart contracts* basés sur la technologie de la *blockchain* en droit américain. Contrairement en droit français et en droit sénégalais, en droit américain, le législateur semble déjà prêt dès lors que des textes ont été adoptés dans certains États afin de donner un encadrement réglementaire à l'avènement des nouvelles pratiques contractuelles qui utilisent les *smart contracts*. Prenons l'exemple de la loi du Nevada, l'*Uniform Electronic Transactions Act*, qui a été modifiée par les *Nevada blockchain Statues*, entrées en vigueur le 5 juin 2017⁶⁰⁷. Cette législation qui modifie les chapitres 243 et 268 de la loi étatique, considérée comme le pionnier de la reconnaissance juridique de la technologie de la *blockchain* et des *smart contracts* aux États-Unis, va ajouter une définition de la *blockchain*⁶⁰⁸ et considérer que ce sont des documents électroniques. La loi n° 1662 du 22 mars 2018 qui modifie le *Tennessee Uniform Electronic Transaction Act* est également un autre exemple légistique relatif à l'encadrement juridique de la *blockchain*. Cette loi considère les documents protégés par la *blockchain* comme des documents électroniques, et elle précise que de la signature cryptographique stockée par la *blockchain* est une signature électronique⁶⁰⁹. Et avant le Nevada et le Tennessee, l'Arizona a reconnu la légalité de la technologie des *blockchains* et des *smart contracts* dans sa loi étatique qui modifie en mars

⁶⁰⁶ J.-C. RODA, « Smart contracts, dumb contracts », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 397.

⁶⁰⁷ *Nevada Senate Bill 398* (juin 2017).

⁶⁰⁸ NV Rev Stat § 719.145 (2022). La loi définit la blockchain comme « un enregistrement électronique de transactions ou d'autres données qui est : 1. Uniformément ordonné ; 2. Maintenus ou traités de manière redondante par un ou plusieurs ordinateurs ou machines pour garantir la cohérence ou l'immutabilité des transactions enregistrées ou d'autres données ; et 3. Validé par l'utilisation de la cryptographie. ».

⁶⁰⁹ Tennessee, loi n° 1662 du 22 mars 2018 modifiant le « Tennessee Uniform Electronic Transactions Act ».

2017 le Code de commerce. Un article a été ajouté dans le texte qui dispose qu'« *une signature sécurisée par la technologie blockchain est considérée comme sous forme électronique et comme signature électronique. Un enregistrement ou un contrat qui est sécurisé par la technologie blockchain est considéré comme étant sous forme électronique. Des contrats intelligents peuvent exister dans le commerce. Un contrat relatif à une transaction ne peut se voir refuser l'effet juridique, la validité ou la force exécutoire* »⁶¹⁰. L'ensemble de ces dispositions visent, de façon générale, à régler la question de la preuve et de la validité des contrats conclus en faisant recours au *smart contract*.

349. Des dissemblances dans l'encadrement législatif de la *blockchain* et des *smart contracts*, entre droit français et américain. Il convient de constater que le droit français et le droit américain appréhendent distinctement l'encadrement législatif de la technologie de la *blockchain* et des *smart contracts*. D'un côté, le droit français semble être dans une logique de rationalité néolibéraliste afin de laisser plus d'espace et de pouvoir aux acteurs économiques en ne codifiant pas lors de la réforme 2016 du droit des contrats, ces technologies émergentes, parce que leur encadrement juridique n'est pas nécessairement synonyme d'efficacité économique des relations contractuelles. De l'autre côté, en droit américain, il faut relever une évolution législative de la réglementation de ces technologies afin de permettre un large accès à ces outils sans créer des lois spécifiques. En effet, compte tenu des risques associés aux innovations apportées à la pratique contractuelle, en droit américain, il est important de codifier les relations contractuelles engendrées par ces technologies nouvelles. Cet objectif vise à garantir une sécurité juridique qui n'est pas nécessairement synonyme d'une sécurité technique dans un espace économique mondialisé.

350. En somme, à l'heure de la révolution du numérique qui irrigue en profondeur la pratique contractuelle du droit français et du droit américain, les procédés automatisés des *blockchains* et des *smart contracts* n'ont pas soulevé des interrogations législatives, doctrinales et jurisprudentielles en droit sénégalais. Malgré l'existence d'une législation qui encadre les contrats électroniques⁶¹¹, les idées acquises sur le processus d'exécution ou d'anéantissement du contrat n'ont pas été renouvelées, rendant quasi inexistante l'utilisation des *smart contracts* dans la pratique contractuelle. Certes, *blockchains* et *smart contracts* semblent présenter des limites relatives à l'absence d'une réglementation spécifique, mais ces procédés techniques

⁶¹⁰ A. Revis. Stat. §44-7061 (2017).

⁶¹¹ Loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques ; Loi n° 2008-11 du 25 janvier 2008 relatif au commerce électronique.

témoignent d'une révolution de la pratique contractuelle qui répond aux impératifs spécifiques d'optimisation des contrats d'affaires.

B- La recherche d'optimisation du contrat

351. L'atténuation des aléas liés à l'intervention de l'humain pour améliorer la rentabilité des relations d'affaires. Pour être performante, toute activité économique doit être en mesure de se mouvoir afin de s'adapter et s'articuler avec les réalités de l'accélération des mutations de la société. En matière contractuelle, les différentes phases du processus nécessitent souvent le recours à des tiers de confiance qui ne garantissent pas souvent les gains de temps, les coûts des transactions et le caractère certain de l'exécution des obligations contractuelles recherchées dans les relations d'affaires. Pour songer davantage à une plus large palette d'actions performantes de la pratique contractuelle en générale, et des contrats d'affaires en particulier, une nouvelle idéologie⁶¹² issue des outils technologiques de la *blockchain* et des *smart contracts* a été développée. Tout en restant rationnel, l'objectif est de simplifier les rapports contractuels, en évinçant souvent le juge et les tiers de confiance⁶¹³. Les protocoles et interfaces utilisés par les *smart contracts* pour rendre performantes toutes les phases du processus contractuel donnent à la pratique contractuelle un nouveau mode de formalisation et de sécurisation des relations d'affaires, parce que souvent beaucoup plus fonctionnels que le modèle classique sur papier⁶¹⁴.

Au-delà de l'effet de mode, le développement des *smart contracts* dans la matière contractuelle devient un véritable phénomène d'optimisation du processus contractuel. En effet, de la phase de formation, jusqu'à la phase de dénouement du contrat, les *smart contracts*, grâce aux algorithmes très performants des *blockchains*, offrent des outils d'optimisation⁶¹⁵, notamment en matière de coûts, de délais d'exécution, de sécurisation du contenu contractuel et de sanctions d'inexécution. Dans le Rapport du Groupe Fintech de 2017, le groupe de travail souligne l'importance des conséquences positives que cette nouvelle technologie qui irrigue la pratique contractuelle pourrait avoir sur les activités économiques. Il a en effet relevé que l'intelligence à laquelle le terme *smart contract* « (...), fait allusion, est surtout celle de facilité de gestion et d'exécution des termes du contrat (son enforceability). On s'assure dans le design

⁶¹² M. MEKKI, « Le contrat, objet des *smart contract* », *op. cit.*

⁶¹³ J.-C. RODA, « *Smart contracts, dumb contracts* », *op. cit.*

⁶¹⁴ N. Szabo, « *Smart Contracts : Formalizing and Securing Public Networks* », *op. cit.*

⁶¹⁵ M. MEKKI, « Le contrat, objet des *smart contract* », *op. cit.* ; H. CHRISTODOULOU, « Les nouvelles technologies à l'origine de l'évolution contractuelle », *Communication – Commerce électronique*, 2020, n° 11, p. 4 ; C. LEVENEUR, *Les smart contracts : étude de droit des contrats à l'aune de la blockchain*, *op. cit.*, p. 115.

d'un smart contract que l'exécution de ce programme, c.-à-d. cet ensemble de lignes de code, soit la plus fluide et intelligente possible. Un bon smart contract peut donc être défini comme un contrat qui permet une exécution automatisée et dénuée d'ambiguïté de ses termes et qui réduit ainsi les risques de contentieux »⁶¹⁶. Ainsi, en utilisant les technologies des *smart contracts* comme mode opératoire de leur rapport contractuel, les parties cherchent le mieux possible à optimiser les différentes phases du contrat.

352. Smart contracts et blockchains, des outils d'optimisation du processus contractuel. Dans une perspective d'accompagnement à la formation, à l'exécution et à l'anéantissement du contrat, il est possible d'envisager une certaine optimisation du processus contractuel dans les cas d'utilisations des *smart contracts* très performants. En effet, en réduisant l'intervention humaine dans le processus contractuel, l'automatisme et la certitude d'exécution des engagements pris par les parties au contrat sont renforcées, permettant potentiellement une optimisation du contrat de la phase de formation à la phase d'exécution⁶¹⁷.

Tout d'abord, dans la phase précontractuelle, le *smart contract* pourrait être un outil sécurisé, rapide et moyen coûteux de transmission d'informations fiables. Ce stade de formation du contrat nécessite souvent l'intervention de plusieurs parties prenantes, mais aussi plusieurs étapes successives imposant la fourniture de divers documents sensibles et importants⁶¹⁸. L'usage des *smart contracts* comme moyen de suivi de sécurisation de la communication des documents ou d'automatisation des différentes phases précontractuelles permet d'optimiser le processus contractuel afin de gagner en performance économique⁶¹⁹.

Ensuite, dans la phase d'exécution du contrat, les *smart contracts*, comme outils complémentaires du contrat, viennent renforcer la garantie du respect des engagements pris et leurs sanctions en cas de manquement. En effet, les parties peuvent décider, par le biais des procédés techniques du *smart contract*, d'automatiser l'exécution des obligations auxquelles elles sont tenues si les conditions figurant au sein de la *blockchain* sont remplies. Ainsi, au nom de la morale contractuelle, l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est donc renforcée.

À titre d'exemple pratique, en matière de contrat de franchise, la technologie du *smart contract* peut être utilisée par les parties pour renforcer l'efficacité d'un contrat de réservation

⁶¹⁶ Rapport du Groupe Fintech, « Les impacts des réseaux distribués et de la technologie blockchain dans les activités de marché », Paris Europlace, 2017, p. 20.

⁶¹⁷ M. MEKKI, « Le contrat, objet des *smart contract* », *op. cit.*

⁶¹⁸ *Ibid.* Pour l'auteur : « L'optimisation réside, grâce à la blockchain, dans le Network Effect, en ce sens que tous les acteurs ont un accès immédiat, permanent et, le cas échéant, égalitaire, aux informations. Cela facilite l'automatisation de certaines étapes du processus contractuel : attestations, autorisations, déblocage de fonds... »

⁶¹⁹ *Ibid.*

de zone dans une franchise avec condition suspensive. Les parties peuvent fixer la date de réalisation de la condition suspensive, par exemple l'obtention d'un prêt et la conclusion du contrat de bail dans une zone visée dans le contrat pour l'exploitation du fonds de commerce. Par conséquent, à défaut de réalisation de la condition suspensive dans le délai prévu, le contrat sera caduc. La technologie du smart contract permettra d'actionner automatiquement la privation du remboursement de l'indemnisation d'immobilisation de la zone visée dans le contrat de réservation. Ce processus s'effectuera sans passer par un tiers de confiance, comme un compte séquestre.

353. Illustration de l'utilisation des smart contracts pour optimiser les chaînes de contrat de distribution. L'utilisation des *smart contracts* dans les contrats de distribution peut permettre de rendre ceux-ci économiquement très performants. Reprenons l'exemple développé par K. Christidis et M. Devetsikiotis dans les chaînes de contrat de distribution, où l'usage de la *blockchain* et du *smart contract* permet d'optimiser le processus de transport d'un container de marchandises qui quitte l'usine du fabricant par voie ferroviaire pour être acheminé au port voisin afin d'être envoyé par bateau par le transporteur, puis au port de destination, pris en charge par un camion qui le transporte à l'entrepôt du distributeur, jusqu'à atteindre le site du détaillant⁶²⁰. C'est un processus qui nécessite normalement l'implication de plusieurs parties prenantes, où chacun gère sa propre base de données et des contrôles efficaces pour garantir la sécurité tout au long de la chaîne. D'une part, l'utilisation d'un réseau de blockchain permet d'avoir une base de données unique et partagée entre toutes les parties prenantes. Cela facilite le suivi coordonné des données de transport, les mises à jour étant automatiquement propagées sur le réseau. Cela crée également une trace d'informations vérifiable sans délai. D'autre part, le *smart contract* permet l'envoi automatique d'informations à toutes les parties prenantes sur le changement de chaque étape atteint par le container⁶²¹.

Ainsi, dans ce contexte, lorsque chaque transporteur atteint son point de destination, un message signé par un *smart contract* prédéterminé et convenu est envoyé afin de permettre à tous les acteurs de la chaîne de distribution de savoir que le container se trouve à un point déterminé⁶²². Cette automatisation de l'ensemble du processus pourrait permettre de ne pas laisser place à l'erreur qui pourrait découler de l'intervention humaine, aux aléas d'inexécution

⁶²⁰ K. CHRISTIDIS et M. DEVETSIKIOTIS, « *Blockchains and Smart Contracts for the Internet of Things* », *IEEE Access*, vol. 4, 2016, p. 2298-2299. <https://people.cs.pitt.edu/~mosse/courses/cs3720/blockchain-iot.pdf>. Consulté en ligne le 26 avril 2024.

⁶²¹ *Ibid.*

⁶²² *Ibid.*

des obligations, au déséquilibre souvent présent au stade de la formation et de l'exécution du contrat, à la fraude, à la corruption, etc. À cet effet, grâce aux *smart contracts* développés dans la *blockchain*, le paiement et l'exécution des opérations sont sécurisés, ce qui optimise de manière significative la relation d'affaires.

354. *Smart contracts* et *blockchains*, des outils complémentaires du contrat au service des capacités intellectuelles de l'humain. Si l'usage du *smart contract* pouvait être ouvert à tous les contrats, il ne semble pas pour l'instant répondre à la définition de contrat au sens de l'article 1101 du Code civil. Cependant, « *la séparabilité du contrat, acte juridique, et du smart contract, mode d'exécution technique, semble compatible avec les pratiques actuellement constatées qui sont de nature à faciliter le développement du recours à la chaîne de blocs en matière contractuelle. Il suffit alors que les parties à un contrat valablement conclu en dehors de la chaîne de blocs conviennent, dans ce contrat, de recourir à un smart contract pour l'exécution de leur accord* »⁶²³. Il est important de noter que, quel que soit le rôle attribué aux innovations technologiques dans la pratique contractuelle, l'être humain doit rester au cœur du processus pour un contrôle efficace des comportements. Ces outils ne sont que des aides qui dépendent de l'intelligence humaine. Pour rappel, la réflexion humaine, aussi faillible soit-elle, ne peut pas être remplacée par des outils innovants. Le Professeur Le Tourneau, en relevant le rôle clé que « l'Homme » pourrait avoir dans l'exécution du contrat, quel que soit le rôle confié aux machines, soutenait très justement qu'« *un jour viendra où l'exécution de certains contrats sera confiée à des machines* »⁶²⁴. Dans cet esprit, l'intervention humaine dans le processus contractuel ne peut pas être totalement exclue. Elle est uniquement suppléée par les *smart contracts* dans certaines phases du processus afin de rationaliser ou optimiser les opérations à effectuer. Mais pour renforcer la moralisation des contrats d'affaires dans les *smart contracts*, l'intervention humaine est nécessaire.

Il est donc possible de soutenir que l'automatisation du contrat n'est pas nécessairement synonyme de déshumanisation du contrat, comme le soutiennent certains auteurs⁶²⁵ dans la

⁶²³ C. BARREAU, « La régulation des *smart contracts* et les *smart contracts* des régulateurs », in *Blockchains et smart contracts : des technologies de confiance ?*, Réalités Industrielles, Séries des annales des mines, 2017, p. 76.

⁶²⁴ P. LE TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in Mélanges P. Raynaud, Dalloz, 1985, p. 349 et s. ; Adde C. VILLANI, *Donner un sens à l'intelligence artificielle : Pour une stratégie nationale et européenne*, Mission Villani pour l'intelligence artificielle, 2018, p. 22.

⁶²⁵ V. notamment en ce sens : P. MALAURIE et N. PETERKA, *Droit des personnes : la protection des mineurs et des majeurs*, 12^e éd., LGDJ, 2022, n° 6 ; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 12^e éd., LGDJ, 2022, n° 281. Selon les auteurs qui parlent d'une « réification » du contrat, « on a l'impression que le contrat est conclu non avec une personne, mais avec la machine ou le produit ».

mesure où la programmation est réalisée par un humain qui demeure maître du contrôle de leur fonctionnement. En effet, même si les *smart contracts* utilisés pour exécuter un contrat sur la *blockchain* peuvent être dotés d'une intelligence qualifiée d'artificielle, cela reste insuffisant pour les permettre de conclure un contrat avec une autonomie absolue. L'intervention humaine continue de conserver une place centrale, puisque, étant dépourvus de personnalité juridique, ces outils technologiques peuvent seulement exprimer⁶²⁶ la volonté de leur utilisateur⁶²⁷. Ainsi, avec la caractéristique d'auto-exécution du contrat, la volonté du contractant est souvent exprimée *ab initio* lors de la programmation du *smart contract*⁶²⁸, ce qui permet à celui-ci d'agir avec autonomie au moment de l'exécution du contrat. En réalité, la pratique contractuelle va donc puiser dans les atouts et avantages abondants de la technologie des *smart contracts* pour améliorer le processus contractuel et le rendre plus performant. C'est ainsi qu'un véritable lien se tisse entre les procédés techniques automatisés et le contrat pour favoriser des échanges plus efficaces, plus simples et plus juste pour les contractants.

Après avoir tenté d'identifier l'immixtion des *smart contracts* et des *blockchains* dans la pratique contractuelle, il convient d'analyser les atouts et les risques de leur recours pour garantir la force obligatoire du contrat.

Sous-section 2 : Les atouts et risques liés aux *smart contracts* fondés dans de la blockchain

355. *Smart contracts* et *blockchains*, une technologie au service de la force obligatoire du contrat. Le *smart contract* en général, et la *blockchain* en particulier se singularisent par le caractère immuable des stipulations contractuelles. Leur utilisation, devenue une réalité dans un monde digitalisé où les contrats sont de plus en plus conclus par voie électronique, efface potentiellement les aléas d'inexécution des engagements des parties par le biais de l'auto-exécution du code informatique tel que programmé, tout en évitant le contentieux⁶²⁹. Ainsi, pour la partie faible de la relation contractuelle, le plus souvent celle qui n'a pas participé à la rédaction du programme informatique, elle obtient deux garanties. D'une

⁶²⁶ L. H. SCHOLZ, « Algorithmic Contracts », *Stanford Technology Law Review*, vol. 20, 2017, p. 164. https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2018/03/3_SCHOLZ-FINAL_Formatted_Mar18.pdf. Consulté en ligne le 26 avril 2024.

⁶²⁷ J. HUET, « Le consentement échangé avec la machine », in *RJC – N° spécial* : Marcel DELEAU-DESHAYES & Charles GOYET (dir.), *L'échange des consentements*, 1985, p.124-132 ; A. RAYNOUARD, « La formation du contrat électronique », in *Le contrat électronique*, Association Henri Capitant (dir.), Éd. Panthéon-Assas, 2002 ; S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, Dalloz 2020, n° 401-405.

⁶²⁸ J. HUET, « Le consentement échangé avec la machine », *op. cit.*, p. 126.

⁶²⁹ J.-C. RODA, « *Smart contracts, dumb contracts* », *op. cit.*

part, le respect de l'exécution du contrat lorsque les conditions mentionnées sont remplies. D'autre part, l'impossibilité de modifier les stipulations contractuelles informatiquement programmées par la partie en position de force qui est généralement celle qui a rédigé le programme informatique⁶³⁰. Le principe de la force obligatoire du contrat se trouve à cet effet renforcé par l'utilisation des *smart contracts* pour la formation et l'exécution du contrat, mais n'est pas sans risques.

356. Plan. Dans un contrat formé et exécuté sans faire recours à la technologie, les parties au contrat, pour sécuriser le lien contractuel et se faire confiance mutuellement, feront souvent recours à un intermédiaire pour garantir la bonne exécution de leur relation contractuelle. Une telle situation crée une dépendance à l'égard du tiers de confiance. Or, en faisant recours aux *smart contracts*, cela leur permet de supprimer cette situation de dépendance par l'automatisation de l'exécution du contrat (A). Toutefois, l'immutabilité des termes inscrits dans la *blockchain* et le *smart contract* pourrait être source d'obstacle technique de ceux-ci en cas de défaut d'exécution du contrat par les parties au contrat (B).

A- L'automatisation de l'exécution du contrat

357. L'irréversibilité du *smart contract*, gage de performance économique du contrat. L'automatisation de l'exécution du contrat par les *smart contracts* révolutionne la pratique contractuelle et offre une approche novatrice en utilisant les protocoles informatiques sans nécessiter l'intervention d'un tiers de confiance dans certaines phases du processus contractuel. Ainsi, le *smart contract* revêt les caractéristiques essentielles et infaillibles de la *blockchain* que sont notamment l'immutabilité, la sécurité et l'intégrité, lesquelles sont aujourd'hui au service de la garantie du principe de la force obligatoire du contrat. Leurs avantages dans la pratique contractuelle au regard de la moralisation des contrats d'affaires sont multiples. Tout d'abord, grâce à leur immutabilité, ils offrent une sécurité accrue qui empêche toutes modifications frauduleuses des termes créés et validés sur la technologie de la *blockchain*. Ensuite, ce qui a été initialement voulu par les parties lors de la formation du contrat peut donc faire l'objet d'une auto-exécution⁶³¹ dès lors que les conditions qui déclenchent le *smart contrat* sont remplies. Cela permet au stade de l'exécution du contrat, de le mettre hors de portée de tout abus, de mauvaise foi ou des conséquences de l'inexécution des obligations

⁶³⁰ J. M. SKLAROFF, « *Smart Contracts and the Cost of Inflexibility* », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 166, 2018, p. 273.

⁶³¹ G. CATTALANO, « *Smart contracts et droit des contrats* », *op. cit.*

contractuelles par les parties. À cet égard, grâce à la rigidité technique des termes inscrits dans le *smart contract* qui sont présentés comme immuables, l'exécution des obligations contractuelles par cet outil technologique présente des avantages. Donc, même si ce caractère immuable n'est pas absolu, leur enregistrement sur la technologie de la *blockchain* est un argument de taille permettant de les appréhender comme étant des outils complémentaires de la règle de droit, au service de la garantie de la performance économique du contrat d'affaires.

358. Le *smart contract*, un outil de confiance. L'exécution d'un contrat par un *smart contract* enregistré sur une *blockchain* suscite une confiance à l'égard des parties. Elles savent ainsi que les engagements rédigés dans le code informatique seront respectés grâce à la sécurité offerte par des clés cryptographiques asymétriques. En droit des contrats d'affaires, cette garantie du principe de la force obligatoire du contrat par l'automatisation de l'exécution du contrat pourrait être vectrice de prise en compte des intérêts légitimes des parties. En effet, comme le relève le Professeur M. Mekki, elle est « *révélatrice d'une conception ultralibérale des relations contractuelles et d'une adhésion aux théories les plus absolutistes de l'analyse économique du droit. (...). Il est question (...) de l'efficacité économique des droits du créancier (...), d'éviter toute réticence du débiteur, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi* »⁶³². Ainsi, l'option d'automatiser l'exécution du contrat permettra de réduire les risques d'inexécution et d'améliorer la rentabilité des engagements informatiquement programmés auxquels l'une des parties, de bonne ou de mauvaise foi, tenterait d'y échapper⁶³³. Contrairement à la pratique contractuelle traditionnelle, où l'exécution du contrat est réalisée par les parties, exposant celui-ci aux risques d'inexécution, l'automatisation écarte cet aléa parce que par le moyen du *smart contract*, l'exécution sous condition est programmée par un code informatique. Tel que le souligne le Professeur américain K. E. C. Levy : « *parce qu'ils sont basés sur le code informatique, les smart contracts peuvent être exécutés immédiatement et automatiquement, sans avoir recours à un transfert manuel ou à l'intervention d'institutions telles que les tribunaux* »⁶³⁴. Puisque l'exécution du contrat ne dépend pas de l'intervention humaine, elle devient presque inévitable et renforce le principe de la force obligatoire du contrat.

⁶³² M. MEKKI, « Le contrat, objet des *smart contract* », *op. cit.*

⁶³³ J. M. SKLAROFF, « *Smart Contracts and the Cost of Inflexibility* », *op. cit.* p. 273.

⁶³⁴ K. E. C. LEVY, « Book-Smart, Not Street-Smart: Blockchain-Based Smart Contracts and The Social Workings of Law », *Engaging Science, Technology, and Society*, vol. 3, 17 février 2017, p. 2: “Because they are based on code, smart contracts can be immediately and automatically effectuated, without reliance on manual transfer, or the intervention of institutions like courts”.

359. L'irréversibilité du *smart contract*, gage d'une impossibilité de modification unilatérale des termes enregistrés et acceptés. L'immutabilité du *smart contract* permise par la technologie de la *blockchain* est un atout majeur de la vie du contrat. En effet, sa force réside, par analogie avec la théorie du *promissory estoppel* américain, dans sa capacité à empêcher la remise en cause de la confiance suscitée par le rédacteur du *smart contract* à l'égard de son cocontractant en modifiant unilatéralement celui-ci. Ainsi, peu importe les événements imprévisibles susceptibles de modifier les termes enregistrés dans le code du *smart contract*, leur mutabilité est par principe impossible une fois les clés cryptographiques enregistrées. La principale promesse de la *blockchain* repose sur l'infalsifiabilité des termes convenus, laquelle porte en elle-même sa propre limite en matière de contentieux dans la mesure où, même en cas de transactions illégales ou contestées, la seule possibilité de correction de leurs effets ne peut être apportée que par une nouvelle transaction⁶³⁵. Toutefois, la pierre angulaire de ces technologies qui reposent sur un processus d'automatisation de la validation des engagements pris est de garantir l'infalsifiabilité des termes enregistrés et acceptés.

Dans cette perspective, lorsque les parties font recours à un *smart contract* pour l'exécution de leur contrat, les principes directeurs du droit des contrats, tels que la liberté contractuelle, le principe de l'autonomie de la volonté ou de la force obligatoire du contrat, pourraient s'allier afin de créer un cadre juridique assez souple et sûr⁶³⁶. L'automatisation de l'exécution du contrat par le *smart contract* permet d'exclure tout risque de se voir reprocher le non-respect d'un engagement contractuel, un *breach of contract*. À ce titre, les contrats d'affaires sont au premier plan de leur usage pour garantir l'exécution quasi infaillible des engagements.

360. Illustration. En pratique, les parties à un contrat d'approvisionnement conclu selon le mode traditionnel peuvent décider d'insérer une clause de *smart contract* pour l'exécution de leurs obligations. Un *smart contract* peut être programmé pour prévoir que le paiement sera libéré au fournisseur une fois que certaines conditions sont remplies, telles que la livraison des biens conformes aux stipulations contractuelles. En automatisant le processus d'exécution du contrat, il est possible de limiter, en proposant un système fiable, sécurisé et irréversible, les divergences d'intérêts qui pourraient découler des comportements opportunistes des parties. C'est cet élément d'irréversibilité technique de la technologie de la *blockchain*, laquelle offre

⁶³⁵ C. BERBAIN, « La *blockchain* : concept, technologies, acteurs et usages », in *Blockchains et smart contracts : des technologies de confiance ?*, *Réalités Industrielles, Séries des annales des mines*, 2017, p. 7.

⁶³⁶ C. BARREAU, « La régulation des *smart contracts* et les *smart contracts* des régulateurs », *op. cit.*

une efficacité du contrat et élimine les inefficacités liées aux processus traditionnels de la pratique contractuelle qui pourrait intéresser les acteurs économiques du monde des affaires. Le *smart contract* est déterministe en ce qu'il permet de toujours anticiper le résultat des éléments enregistrés. En cela, il se concilie parfaitement avec l'une des caractéristiques essentielles du contrat, celle de considérer ce dernier comme un acte de prévision. Cette recherche de sécurité et d'efficacité économique du contrat est en cohérence avec la dynamique générale adoptée ces dernières années par le droit des contrats sous couvert du mouvement de moralisation des contrats d'affaires.

Toutefois, il serait difficile de concilier les caractéristiques essentielles de ces technologies innovantes avec les possibilités d'inexécution légale du contrat du droit civil ou d'*efficient breach of contract* du droit américain.

B- Les limites de l'autonomisation

361. L'exclusion *de facto* de la possibilité d'inexécution licite⁶³⁷ du contrat. Suivant les caractéristiques de la technologie de la *blockchain*, le contrat qui est un acte de prévision, exécuté par un *smart contract*, est intrinsèquement figé lors de sa formation. À cet effet, l'une des limites de cette technologie est son indifférence quant à la volonté des parties de ne pas exécuter leurs engagements en cas de manquement par l'une des parties ou d'illicéité du contenu contractuel. Il apparaît donc impossible, une fois le processus de *smart contract* déclenché, de prendre en compte la volonté commune des parties de révoquer le contrat conclu antérieurement⁶³⁸. Le protocole technique de la *blockchain* ne permet pas, notamment de prendre en compte la volonté des parties de ne pas exécuter le contrat. Cela le rend donc incompatible avec la théorie l'*efficient breach of contract* américaine, qui met l'accent sur des accords efficaces. Ces derniers doivent offrir à chacune des parties, une position plus avantageuse⁶³⁹ et, par conséquent, la possibilité de mettre un terme au contrat si son inexécution est plus avantageuse indépendamment de l'indemnité à verser à son cocontractant. L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, le droit positif sénégalais et le droit américain sont en faveur de cette flexibilité du contrat durant toute sa phase d'exécution, offrant aux parties un certain nombre de prérogatives contractuelles. Mais

⁶³⁷ C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ, 2002, n° 4 et 5. L'auteur définit l'inexécution licite comme : « le non-accomplissement d'une obligation qui peut être total, partiel ou temporaire, qui est autorisé par la loi, le juge ou les parties, mais qui s'exerce de façon volontaire en ce qu'il constitue l'exercice d'un droit ».

⁶³⁸ C. LEVENEUR, *Les smart contracts : étude de droit des contrats à l'aune de la blockchain*, op. cit., n° 213, p. 164.

⁶³⁹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 6^e éd., PUF, 2021, n° 161.

sans possibilité de prendre en compte d'autres données extérieures de leur environnement, « *la blockchain est centrée sur elle-même, ignorant tout le monde extérieur* »⁶⁴⁰. Ainsi, toute exécution du contrat par le *smart contract*, même partiellement imparfaite, ne pourra pas donner droit au créancier de l'obligation à une modération du prix. Pour corriger ce déséquilibre contractuel, les parties devront faire recours à des modalités de correction en dehors de la technologie de *blockchain*, qui peuvent être de nature contractuelle ou judiciaire afin de rééquilibrer la relation contractuelle.

362. Pensée à la flexibilité des termes enregistrés dans la *blockchain* pour l'exécution du contrat par la technologie du *smart contract*. Cette problématique inhérente aux *smart contracts*, relative à leur incapacité d'interagir avec certaines prérogatives légales ou conventionnelles de renoncer au contrat, ne doit pas être un obstacle à leur flexibilité, permettant d'y intégrer pleinement l'esprit de moralisation des contrats d'affaires. Comme l'affirme le Professeur É. Brousseau « *la logique de l'engagement ne doit pas s'opposer à une adaptation efficace des obligations des parties aux circonstances changeantes de leur environnement économique, technique, concurrentiel. Les contrats doivent donc être incomplets et aménager des mécanismes de décision a posteriori chargés de spécifier au fur et à mesure des interactions les droits et devoirs des parties* »⁶⁴¹. Même si les bornes de ces technologies utilisées pour exécuter le contrat doivent être extrêmement rigides parce que garantissant la crédibilité et la sécurité de l'engagement initial, elles doivent être combinées avec des mécanismes de flexibilité qui garantissent souvent l'équilibre contractuel. Il convient de relever que cette suppression de la possibilité pour l'une des parties de renoncer légalement ou licitement à l'exécution du contrat soulève également la question du pouvoir discrétionnaire des parties dans l'application des sanctions unilatérales. En effet, toute absence de programmation du degré de muabilité souhaité par les parties lors de la création du *smart contract* empêche de remettre en cause l'exécution parfaite du contrat par les mécanismes de résolution unilatérale, de cas de force majeure, d'imprévision, etc.

Pour éviter cette situation et permettre à ce que la volonté des parties de ne pas exécuter le contrat puisse être prise en compte, l'un des remèdes est de prévoir la flexibilité des termes lors de la programmation du *smart contract* dans la *blockchain*. Outre, d'en faire tout comme le contrat, un instrument de prévision et d'anticipation des éventuelles circonstances qui

⁶⁴⁰ S. DOROL, « *Blockchain et métier du droit : la fin des tiers de confiance ?* », *Dalloz IP/IT*, 2020, 92.

⁶⁴¹ É. BROUSSEAU, « L'économiste, le juriste et le contrat », in *Études offertes à Jacques Ghestin : le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2015, p. 172.

bouleversent l'équilibre du contrat. Ainsi, au travers des exigences de la moralité contractuelle, la volonté des parties pourra être prise en compte par l'insertion dans le code informatique, notamment d'une clause de résiliation unilatérale, d'une clause pénale ou d'une clause de dédit. Même si cette possibilité pourrait affaiblir les atouts qu'offre l'immutabilité de la *blockchain*, elle permettrait de concilier cette dernière avec les règles impératives qui sont censées empêcher l'exécution du contrat en cas de manquement contractuel ou d'illicéité du contenu contractuel.

La flexibilité et la réversibilité de la *blockchain* permettraient de trouver une solution pour sortir le *smart contract* qui viole les règles extérieures afin de se conformer à la loi applicable à la relation contractuelle. Les articles 1217 et suivants du Code civil, issus de l'ordonnance du 10 février 2016, comportent des mécanismes permettant l'accueil des *smart contracts*. On compte notamment parmi ces mécanismes l'exception d'inexécution, la réduction unilatérale du prix, la résolution unilatérale par notification⁶⁴². Dans ces hypothèses, automatiser ces sanctions permet de se passer de l'intervention du juge⁶⁴³ en cas de litige et assure, lorsque le contrat est exécuté par le *smart contract*, d'être en conformité avec les lois applicables. En outre, l'intervention d'un tiers de confiance sera également souvent nécessaire.

363. L'absence d'autonomie absolue de la *blockchain* dans l'exécution du contrat par un *smart contract*. Si nous faisons un retour dans l'univers dans lequel les juristes pensent le contrat, un élément essentiel émerge : l'intervention du tiers de confiance pour intégrer les données réelles de l'environnement dans lequel le contrat évolue. Le *smart contract* n'est doté que d'une intelligence technique et cette intervention sera en effet nécessaire lorsque la condition qui permet de déclencher l'exécution du contrat par le *smart contract* n'est pas programmée au sein de la *blockchain*. De ce fait, l'intervention d'un « Oracle » ou d'un « Ledger »⁶⁴⁴ sera nécessaire. Il aura pour mission de certifier la validité de l'information pour que celle-ci puisse être entrée dans la *blockchain* et déclencher l'exécution automatique du contrat⁶⁴⁵. Imaginons le défaut de conformité des produits livrés par le fournisseur qui empêche

⁶⁴² M. MEKKI, « Le contrat, objet des *smart contract* », *op. cit.*

⁶⁴³ *Ibid.*

⁶⁴⁴ L'Oracle est défini comme « un service chargé d'enter manuellement une donnée extérieure dans la *blockchain*. À l'instant T, qui lui aura été défini à l'avance, le service va récupérer l'information qui lui a été demandée et l'insère dans la *blockchain* à l'endroit qui lui a été désigné. Lorsque le *smart contract* qui requiert cette donnée s'exécute (après l'instant T), il va chercher la donnée sur la *blockchain*, à l'adresse prévue, et s'exécute en fonction de cette donnée ». Il peut être un individu, un logiciel, un objet connecté qui se charge de transmettre l'information relative à la réalisation des conditions. Voir pour cette définition : S. POLROT, « Les Oracles, lien entre la blockchain et le monde », sur *Ethereum France*, septembre 2016. <https://www.ethereum-france.com/blog/les-oracles-lien-entre-la-blockchain-et-le-monde/>. Consulté en ligne le 29 avril 2024.

⁶⁴⁵ E. MIK, « *Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity* », octobre 2017, p. 22 et 23. https://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=4298&context=sol_research. Consulté en ligne le 29 avril 2024.

le versement du prix. Cet état doit *a priori* être d'abord constaté et certifié par un tiers de confiance avant que l'information ne puisse être entrée dans la *blockchain* afin que le *smart contract* puisse déclencher automatiquement le transfert des fonds. Selon cette logique, la *blockchain* ne devrait pas être autonome. L'exécution du contrat par un *smart contract* aura plus de chances d'être fidèle à la réalité de son environnement et, éventuellement, de ne pas être entachée de nullité ou de vices du consentement avec l'intervention d'un tiers de confiance.

Dans cette optique, l'objectif est d'assurer une sécurité juridique à l'exécution du contrat par la technologie du *smart contract* en trouvant un équilibre entre la rigidité du contrat, garanti par l'immutabilité relative de la *blockchain*, et la flexibilité des obligations contractuelles qui permet l'adaptation du contrat par l'intervention de l'Oracle⁶⁴⁶. Cela pourra permettre, dès lors que le *smart contract* ne permet pas l'interprétation des termes du contrat, de prendre en compte le comportement des parties afin de vérifier si elles sont de bonne foi ou de mauvaise foi, si une situation d'imprévision existe, ou s'il n'existe pas un déséquilibre manifeste entre leurs obligations. En somme, la rigidité du contrat, recherchée dans la *blockchain*, est certes un élément essentiel, mais son efficacité dépend davantage à la souplesse laissée aux parties pour limiter la carence de l'inexécution licite des obligations contractuelles.

364. Conclusion de la section 2. L'utilisation des *smart contracts* comme mode spécifique d'exécution du contrat présente à la fois des avantages en termes de performance économique, tout en créant un certain nombre d'inconvénients pour le droit des contrats.

D'une part, grâce à l'automatisation de l'exécution du contrat par les technologies de la *blockchain* et du *smart contract*, cela permet de faire évoluer le modèle classique de la pratique contractuelle. Un tel procédé permet en effet de réduire le temps et les coûts dans le cadre d'une exécution du contrat. De surcroît, la relation contractuelle pourrait être plus précise et irréversible grâce à l'immutabilité de la *blockchain* qui vient renforcer le principe de la force obligatoire du contrat. Ainsi, le caractère certain de l'exécution du contrat offert par le processus d'automatisation est un avantage pour la partie faible qui est protégée contre toute volonté de modification ou de rupture frauduleuse du contrat.

D'autre part, au-delà des nombreux atouts qu'offre l'irrigation des *smart contracts* dans la pratique contractuelle, son utilisation est souvent susceptible de créer des incompatibilités avec le droit des contrats qu'il faudra prendre en compte afin de trouver des solutions d'adaptation. En raison du caractère immuable du *smart contract*, toute tentative de

⁶⁴⁶ É. BROUSSEAU, « L'économiste, le juriste et le contrat », *op. cit.*, p. 172.

modification du contrat par les parties au stade de son exécution du fait de circonstances imprévisibles serait privée d'effet. Ainsi, l'utilisation d'un *smart contract* par les parties pour l'exécution du contrat nécessite de prendre des précautions. Il faut notamment prévoir une certaine flexibilité en permettant l'intervention d'un « Oracle » qui leur donnera la possibilité de prendre les mesures préventives et ainsi d'adapter au besoin l'exécution des *smart contracts* à la réalité du monde extérieur.

365. En définitive, pour pallier la crainte exprimée par certains auteurs de l'utilisation fréquente des technologies innovantes dans la pratique contractuelle vue comme une désincarnation⁶⁴⁷ ou une déshumanisation du contrat⁶⁴⁸, il faut accepter de rendre flexible et perméable la *blockchain* afin d'ouvrir la voie à l'adaptation du contrat face aux éventuels changements extérieurs du monde réel. Si le recours aux *smart contracts* pour exécuter une obligation contractuelle n'est pas proscrit et que son développement dans la pratique contractuelle est encouragé, il serait utile de leur trouver un cadre légal certain.

⁶⁴⁷ J. KLEIN, « Repenser le contrat à l'ère numérique », *Revue des juristes de Sciences Po*, n° 17, juin 2019, p. 75.

⁶⁴⁸ M. MEKKI, « Smart contract », in *Dictionnaire du contrat*, D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc (dir.), LGDJ, 2018, p. 243 ; M. MEKKI, « Le contrat, objet des *smart contract* », *op. cit.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

366. Efficacité, rentabilité, performance économique, attractivité juridique sont des objectifs pluridisciplinaires qui sont aujourd'hui sérieusement pris en compte dans le monde des affaires. Peut-on vraiment utiliser le processus de moralisation des contrats d'affaires au service de la performance économique et de l'attractivité juridique ? La réponse est affirmative, car il permet de garantir aux parties, avec des moyens et des méthodes efficaces et éthiques, la réalisation du gain attendu du contrat, tout en assurant un environnement juridique plus protecteur, plus lisible, plus accessible et plus favorable à leurs intérêts, sans se heurter à l'intervention excessive du législateur ou du juge. Aujourd'hui, le droit spécial, le droit commun et même la technologie innovante sont utilisés pour intégrer une empreinte morale dans le monde des affaires afin de tenir compte de l'importance de la performance économique et de l'attractivité juridique dans le droit des contrats d'affaires. La première exigence s'est parfaitement intégrée dans le paysage juridique du droit français et du droit américain. En droit sénégalais, le législateur, le juge ou la doctrine n'ont pas encore senti le poids de cette vision plus morale et utilitariste pour modéliser l'efficacité économique et la rationalisation du droit des contrats d'affaires.

367. En droit français, la jurisprudence, puis le législateur dans les récentes réformes ont su tenir compte de l'importance de la performance économique et de l'attractivité juridique dans le droit des contrats d'affaires. Ils ont notamment reconnu l'erreur sur la rentabilité économique comme vice du consentement, l'obligation d'information sur la performance érigée en élément essentiel du contrat, l'interdiction de la clause minimum de revente. En droit américain, la performance économique est présente dans le paysage juridique depuis longtemps. En effet, au regard de l'analyse économique du droit très marquante aux États-Unis et qui a sans doute influencé le droit français, le contrat ne doit être exécuté que s'il est économiquement performant. Enfin, en droit sénégalais, hormis le droit communautaire de l'UEMOA et le droit OHADA, qui comportent quelques traces de prise en compte des enjeux de la performance économique et de l'attractivité juridique, ces aspects ne se manifestent pas expressément dans le COCC. Le législateur sénégalais devrait sans doute entreprendre une réforme du droit des obligations afin, d'une part, de clairement identifier les spécificités du droit sénégalais et, d'autre part, de le moderniser à l'aune des exigences d'efficacité économique des relations contractuelles du monde des affaires.

368. En définitive, il convient de retenir que la moralisation des contrats d'affaires doit davantage être conçue comme un outil d'encadrement et d'orientation de la recherche de performance économique et d'attractivité juridique. Au-delà de l'équilibre et de la justice contractuelle recherchés, dorénavant, les contrats d'affaires semblent être évalués sur leur performance économique, et les règles qui les encadrent, au regard de leur sécurité juridique. Cependant, nous ne pouvons pas terminer cette première partie de l'étude sans l'étendre la comparaison à la dynamique internationale de moralisation des contrats d'affaires.

Chapitre 2 : Des marqueurs internationaux de la moralisation des contrats d'affaires variables dans leur mise en œuvre

369. La moralisation des contrats d'affaires, un enjeu saisi par le droit international privé des contrats. La création d'un espace globalisé de l'activité humaine par l'interconnexion des différents marchés de biens, de services et de capitaux fait évoluer les contrats d'affaires dans un environnement qui se mondialise de jour en jour. Ce mouvement sera la conséquence de la production de normes internationales destinées à réguler et encadrer les contrats d'affaires passés sur le marché globalisé. En effet, les systèmes juridiques nationaux éprouvant certaines difficultés à trouver des points d'ancrage face aux relations d'affaires qui transcendent leurs frontières. C'est pourquoi le dénominateur commun est celui d'une uniformisation du droit des contrats par une vaste coopération des États qui suppose le partage de valeurs communes. Diverses normes vont émerger, issues essentiellement des conventions internationales, des conventions communautaires et des institutions juridiques privées reconnues et à portée internationale.

370. Les besoins spécifiques qui découlent de la multiplication des normes qui encadrent les échanges et les rapports commerciaux transfrontaliers⁶⁴⁹ consistent notamment à assurer une efficacité opérationnelle du droit des contrats. Outre, garantir la sécurité juridique qui est une aspiration essentielle en matière contractuelle⁶⁵⁰, l'impératif d'utilité concrète et réciproque du contrat pour les parties, ainsi que de la justice contractuelle⁶⁵¹. La transformation contemporaine de la vision du droit des contrats d'affaires portée également par les organismes internationaux reflète ces aspirations qui tendent à la recherche d'une plus grande égalité entre contractants et d'un équilibre au nom de la justice commutative. Ainsi, les instruments internationaux qui ont tenté d'uniformiser le régime juridique de certaines relations contractuelles renferment des règles parfois spécifiques qui sont appréhendées comme étant des outils de moralisation des contrats d'affaires. Cette dernière prend aujourd'hui de l'ampleur et dépasse les frontières des droits nationaux. Elle est devenue une priorité à part entière pour les droits uniformes des contrats qui ont pour objectifs d'établir un ensemble équilibré de règles

⁶⁴⁹ V. M. FONTAINE, « Note explicative à l'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Rev. dr. unif.* 2008, n° 1/2, pp. 565-566.

⁶⁵⁰ C. THIBIERGE, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *op. cit.*

⁶⁵¹ *Ibid.*

destinées à rendre le contrat juste et utile, quelles que soient les traditions juridiques, politiques et économiques des États dans lesquels elles seront appliquées.

371. Plan. Afin de mettre en évidence cette dynamique de moralisation des contrats d'affaires qui est saisie par les instruments internationaux, nous verrons, dans un premier temps, sa mise en application différenciée dans le droit OHADA et le droit européen des affaires (**section 1**) et, dans un second temps, sa mise en application différenciée dans la CVIM et les principes UNIDROIT (**section 2**).

Section 1 : La moralisation des contrats d'affaires imprégnée par le droit OHADA et le droit européen des affaires

372. L'uniformisation et l'harmonisation⁶⁵² des règles du droit des contrats d'affaires. La globalisation de l'économie a donné naissance à l'impulsion à de nombreuses initiatives d'uniformisation et d'harmonisation du droit des contrats d'affaires. Les régimes juridiques proposés soulignent notamment l'importance de favoriser, autant que possible, l'établissement de relations contractuelles, équilibrées, justes, dans l'intérêt des parties. Compte tenu de l'analyse économique du contrat, l'idée de la renaissance de la moralité contractuelle est aujourd'hui très présente dans les instruments supranationaux d'uniformisation du droit des contrats d'affaires qui se veulent contraignants ou non contraignants.

373. Une pluralité de sources communautaires du droit des contrats d'affaires. Pour éliminer les divergences des règles juridiques en matière contractuelle qui entraves les relations d'affaires transnationales, la mondialisation des échanges économiques a rendu nécessaire l'élaboration de droit uniforme qui visent généralement à faciliter les relations

⁶⁵² Les notions d'uniformisation et d'harmonisation font souvent l'objet d'une confusion sémantique. Il faut les distinguer. L'uniformisation du droit est un processus d'intégration juridique qui prône une identité juridique de second degré du contenu législatif ou réglementaire et ne laisse pas de place à la survie de certaines spécificités des réglementations nationales parce que lorsqu'il est dûment ratifié, devient une source directe du droit positif sans qu'il soit nécessaire de reprendre ses dispositions dans une loi interne. En revanche, l'harmonisation du droit est un processus d'intégration qui consiste à rendre similaire le contenu législatif ou réglementaire des États parties afin de supprimer certaines contradictions en laissant place à la survie de certaines spécificités des réglementations nationales pour couvrir les autres aspects du domaine qu'elles régissent. L'uniformisation ne laisse aucun pouvoirs d'intervention aux législateurs nationaux, alors que l'harmonisation en supprimant les divergences des normes nationales, favorise l'existence de spécificités législatives ou réglementaires entre les droits nationaux et les normes harmonisées. V° I. F. KAMDEM, « Harmonisation, unification et uniformisation en droit des contrats : plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *Uniform Law Review*, Vol. 13, Issue 3, August 2008, p. 620 et s.

internationales et leur assurer une sécurité juridique⁶⁵³. Le néolibéralisme constitue le terrain principal de l'évolution de l'uniformisation du droit des contrats d'affaires, notamment à travers les instruments juridiques, tels que les Principes européens du droit des contrats et les Actes uniformes du droit OHADA qui intègrent le contenu législatif de deux des systèmes juridiques étudiés : le droit sénégalais et le droit français. Ainsi, les instruments juridiques uniformes qui intègrent le contenu législatif du droit américain seront étudiés dans la prochaine section.

374. Plan. Il convient, par conséquent, d'examiner le mouvement d'uniformisation des règles de moralisation des contrats d'affaires, comme vecteur de standardisation (**sous-section 1**), ainsi que la mise en œuvre des règles uniformes de moralisation des contrats d'affaires internationaux (**sous-section 2**) en droit OHADA et en droit européen des affaires.

Sous-section 1 : L'uniformisation des règles de moralisation des contrats d'affaires, vecteur de standardisation

375. Le développement de l'idée de création d'un droit des contrats d'affaires continental. Les contrats d'affaires internationaux se heurtent à plusieurs embûches, notamment celle relative à l'existence de différents systèmes et cultures juridiques. Alors que les relations d'affaires se sont déployées au niveau global, le droit élaboré dans un cadre national pour la réglementation des activités économiques est devenu défaillant, parce qu'affaibli par la mondialisation qui a mis en concurrence des systèmes juridiques, notamment dans le choix de la loi applicable en matière de contrats d'affaires internationales, et dans l'évaluation de l'efficacité économique du droit⁶⁵⁴. Pour tenter de pallier ces difficultés, plusieurs instruments supranationaux ayant pour but l'uniformisation et l'harmonisation du droit substantiel des contrats ont été élaborés avec des règles spécifiques en fonction des catégories de contrats d'affaires et des objectifs poursuivis par les contractants. À cette fin, afin de satisfaire un maximum d'acteurs, il a été établi un référentiel commun servant à harmoniser ou à uniformiser les normes et standards techniques encadrant les contrats d'affaires. Pour ce faire, on s'est inspiré des règles déjà présentes dans divers systèmes juridiques, dont ceux de droit civiliste et de *common law*.

⁶⁵³ M. PAQUETTE, « La mondialisation des règles de droit : coercition ou liberté ?, in *XI^e Conférence des juristes de l'État*, Conwansville, Yvon Blais, 1992, p. 185. <https://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/wp-content/uploads/atelier3-lamondialisationdesreglesdedroit.pdf>. Consulté en ligne le 02 avril 2024.

⁶⁵⁴ P. HUGON, « Droit, droits et économie du développement. Illustrations à propos de l'alimentation », *Mondes en développement*, vol. n° 129, n° 1, 2005, p. 23.

376. Plan. À l'aune de l'ère du capitalisme, où chaque acteur économique a pour objectif de réaliser des profits, le droit se doit d'être en mesure d'intervenir dans les relations contractuelles afin de permettre, sur un marché donné, le respect des règles de concurrence, le respect des principes directeurs du droit des contrats et la promotion d'une performance économique sur le long terme. Face à ces défis, un véritable phénomène d'uniformisation du droit caractérise le processus d'élaboration des règles qui régissent les contrats d'affaires. À ce titre, il serait donc intéressant de voir, dans un premier temps, les causes de l'uniformisation des instruments de la moralisation des contrats d'affaires (A), et, dans un second temps, l'apport de l'uniformisation des instruments de moralisation des contrats d'affaires (B).

A- Les causes de l'uniformisation des instruments de la moralisation des contrats d'affaires

377. L'impuissance des droits nationaux face à la puissance tentaculaire de l'insertion des contrats d'affaires dans un environnement économique internationalisé. Pour reprendre les propos de la Professeure Y. Guyon qui souligne le rôle dévolu au droit des affaires et le lien étroit entre le droit et l'économie, elle note que « *le droit intervient d'abord pour rétablir un minimum d'ordre, d'honnêteté et de sécurité dans les relations entre les professionnels du commerce et de l'industrie* »⁶⁵⁵. Cette réglementation du marché dévolue à l'État, à qui il appartient d'instaurer des règles de droit permettant d'orienter les comportements et d'allouer équitablement les ressources aux acteurs économiques, se justifie pour des raisons de sécurité, d'équité et d'efficacité. Les droits nationaux ont souvent réussi à donner aux activités économiques un cadre juridique qui favorise leur développement, tout en encadrant la liberté de commerce et d'industrie. Ils sont, en effet, bien outillés pour satisfaire ces objectifs, mais ils ont été essentiellement élaborés pour s'appliquer à des relations contractuelles internes et non à des relations contractuelles internationales⁶⁵⁶. Ce faisant, il faut donc constater que les droits nationaux éprouvent des difficultés à imposer leurs propres règles dans un environnement économique qui s'étend à l'échelle mondiale. En effet, en raison de l'ouverture des relations d'affaires à l'internationale, du développement des firmes multinationales et de la technologie, les réglementations territoriales des différents systèmes juridiques sont devenues insuffisantes. Le cadre juridique de certaines lois nationales n'intègre pas suffisamment l'analyse économique du contrat d'affaires, laquelle est nécessairement un critère d'élaboration de la

⁶⁵⁵ Y. GUYON, *Droit des affaires. Droit commercial et sociétés*, Economica, t. 1, 12^e éd., 2003, n° 2.

⁶⁵⁶ É. LOQUIN, « Règles matérielles du commerce international et droit économique », in *Revue internationale de droit économique*, vol. xxiv, 1, n° 1, 2010, p. 88.

règle matérielle qui encadre les contrats commerciaux internationaux. En effet, les différentes législations nationales sont plus orientées vers la validité substantielle ou structurelle du contrat et vers la mise à la charge des parties d'obligations contractuelles. L'économie du contrat, c'est-à-dire la réalité de la situation contractuelle, laquelle doit *a priori* déterminer les obligations des parties, est reléguée au second rang.

378. La disparité des législations nationales est également un facteur de blocage dans les contrats d'affaires internationaux, dès lors qu'en raison de leurs règles de conflits, les rapports contractuels des opérateurs du marché sont difficilement soumis à des normes qui permettent d'optimiser les effets économiques⁶⁵⁷. Nous pouvons donner quelques exemples non exhaustifs pour illustrer ces propos. Il s'agit de la question de l'imprévision perturbant substantiellement l'économie du contrat, dont l'admission au regard du principe de la force obligatoire du contrat n'est pas favorable à certaines législations, notamment celle sénégalaise. Concrètement, la phase cachée de la mondialisation est de mettre en concurrence les différents droits nationaux dans les cas d'application du droit contractuel dans l'activité économique.

379. La mise en concurrence des droits nationaux par la mondialisation de l'économie, facteur d'uniformisation pour effacer certaines contradictions. Le Professeur Y. Dezalay abordait ce sujet en affirmant que, dans un contexte d'accélération du processus de mondialisation des économies « *l'idée d'une mise en concurrence des systèmes de droit paraît désormais admise, tant par ses détracteurs qui dénoncent la course à la déréglementation qu'elle est supposée générer, que par les adeptes du néolibéralisme qui professent que les vertus du marché et de la compétition valent aussi pour le droit* »⁶⁵⁸. L'univers contractuel et ses multiples planètes⁶⁵⁹ ont fait prendre conscience aux États soucieux d'attirer les opérateurs économiques sur leur territoire afin de promouvoir le développement et la croissance, de la nécessité d'offrir un « paquet normatif » attractif aux acteurs économiques transnationaux⁶⁶⁰. À cet égard, les liens entre droit et économie se posent aujourd'hui, auxquels viennent s'ajouter les normes éthiques. Cette dynamique, marquée par le bouleversement de plusieurs règles, découle d'un cadre multidimensionnel de multiplication des échanges, d'intensification des investissements, de transnationalisation des productions et des distributions des produits, de

⁶⁵⁷ *Ibid.*

⁶⁵⁸ Y. DEZALAY, « Des justices du marché au marché international de la justice », *Justices*, n° 1, 1995, p. 121.

⁶⁵⁹ V. D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, op. cit., p. 603.

⁶⁶⁰ B. FRYDMAN, « Chapitre II. Comment penser le droit global », in *La science du droit dans la mondialisation*, J.-Y. Chébot et B. Frydman (dir.), Bruylant, 2012, p. 31.

fluidité sans précédent des mouvements de capitaux accompagnée par les avancées de la technologie⁶⁶¹. C'est donc une série de phénomènes qui préparait une nouvelle civilisation de mondialisation de l'économie. Par conséquent, elle favorise indéniablement la compétition et l'affaiblissement des droits nationaux qui sont rudement mis en concurrence⁶⁶². Aujourd'hui, la mondialisation de l'économie oblige donc à repenser la réglementation des contrats d'affaires internationaux, non plus par les seules lois nationales, mais également par celles qui ont un champ d'application transnational ou international. Dans cette perspective, le développement de la mondialisation de l'économie réduit substantiellement le champ d'intervention des États sur la scène des échanges de relations d'affaires internationales longtemps tenue comme exclusivement interétatique⁶⁶³.

380. Nous assistons à cet effet à une éviction de cette exclusivité, à la faveur du processus de mondialisation de l'économie du marché dont l'autonomisation des mécanismes de régulation met en hypothèque la capacité des droits nationaux à maîtriser, d'une part, les équilibres fondamentaux des flux économiques et, d'autre part, à contrôler le processus de production. C'est notamment le cas, face à la délocalisation des sites de productions d'une entreprise, laquelle rend difficile la mise en œuvre d'une régulation efficace par le droit national. Ainsi, au regard de cette configuration qui met en échec le monopole étatique de contrôle des échanges économiques dont le droit des contrats constitue le fondement⁶⁶⁴, dans ce contexte, la territorialité étatique de la réglementation de l'activité économique devient inadéquate.

381. En somme, en opérant une restructuration mondiale des frontières, les échanges économiques mondialisés suscitent clairement l'émergence de la construction d'un espace et d'une réglementation unifiés dans une perspective de mieux contrôler la concurrence et la compétition auxquelles se livrent tous les acteurs économiques en quête de maximisation de leurs profits. L'objectif est en réalité de mettre en place une réglementation uniformisée de nature relationnelle afin d'organiser les relations contractuelles des acteurs économiques et

⁶⁶¹ M. M. SALAH, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », *Revue internationale de droit économique*, 2001, t. XV, n° 3, p. 252.

⁶⁶² *Ibid.*

⁶⁶³ J. LAROCHE, « La mondialisation : lignes de force et objets de recherche », *Revue internationale et stratégique*, vol. 47, n° 3, 2002, pp. 119.

⁶⁶⁴ P. MORAND, Y. WEHRLI, « Propos introductifs », in *La réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Ph. Stoffel-Munck (dir.), Paris, Dalloz, coll. Thèmes, commentaires & Actes, 2017, p. 1 et s.

ainsi soumettre celles-ci à des normes qui visent à optimiser leur performance économique⁶⁶⁵. Après l'analyse des causes d'uniformisation des instruments de la moralisation des contrats d'affaires, il convient de s'attarder sur ses apports, plus généralement sur son intérêt.

B- Les apports de l'uniformisation des instruments de la moralisation des contrats d'affaires

382. Un environnement juridique des contrats d'affaires à la recherche de ses règles matérielles reconfigurées par la mondialisation des activités économiques. L'approche économique des contrats d'affaires très marquée en droit américain est l'un des pans du mouvement d'uniformisation des règles matérielles qui encadrent les rapports juridiques internationaux. L'objectif est de proposer les règles contractuelles les plus adéquates, jugées légitimes uniquement sur la base de leur efficience normative⁶⁶⁶. Dans le processus de globalisation⁶⁶⁷ des activités économiques, le contrat d'affaires est un instrument emblématique du fait de son importance dans le processus d'élaboration d'un droit économique international par essence contractuel. Ainsi, à la faveur du principe de la liberté de commerce et d'industrie, plusieurs multinationales se sont implantées dans les différents pays du monde afin, non seulement de s'assurer de l'approvisionnement en matières premières et de l'expansion de leurs activités, mais également s'assurer de l'écoulement de leurs productions. Cette multiplication des acteurs économiques en quête d'opportunités transnationales et le pluralisme des sources du droit contractuel complexifient le paysage juridique des relations d'affaires⁶⁶⁸. Il est donc difficile de nier que l'internationalisation des contrats d'affaires a transformé les enjeux juridiques, politiques, économiques et sociétaux de sécurisation des activités économiques

⁶⁶⁵ É. LOQUIN, « Règles matérielles du commerce international et droit économique », in *Revue internationale de droit économique*, op. cit., p. 88.

⁶⁶⁶ V. en ce sens : M. F.-R. STEFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme, nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2012.

⁶⁶⁷ La notion de globalisation est généralement considérée par certains auteurs comme étant la traduction anglo-saxon du terme « mondialisation » traduction de la notion de « *globalization* ». V. notamment : M. DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du monde », in *Déterminismes et complexités : du physique à l'éthique. Autour d'Henri Atlan*, P. Bourguin, D. Chavalarias, C. Couhen-Boulakia (dir.), Paris, éd. La découverte, coll. Recherches, 2008, p. 349-362 ; F. OST, « Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature », in *Le droit saisi par la mondialisation*, Ch. A. Morand (dir.), Bruylant, éd. De l'Université de Bruxelles, 2001, p. 6 et s ; M.-A. FRISON-ROCHE, « La mondialisation du point de vue du droit », in *La mondialisation*, Journées allemandes, t. LXVI/2016, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, Bruylant, Berlin, 2017, p. 11. Selon le Professeur F. OST dans son article précité, la notion de globalisation renvoie à « l'interprétation de la mondialisation dans les termes exclusivement économiques, privilégiant l'efficacité et la compétition, et se traduisant par la marchandisation de tous les aspects de la vie sociale corrélative à leur libéralisation juridique ».

⁶⁶⁸ M. DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du monde », in *Déterminismes et complexités : du physique à l'éthique. Autour d'Henri Atlan*, op. cit., p. 349-362.

transnationales de plus en plus nombreuses et complexes. Ce qui a pour conséquence, d'une part, de mettre partiellement en échec la concurrence étatique normative par le phénomène de l'uniformisation du droit et, d'autre part, de favoriser la production de normes juridiques innovantes, plus intelligibles, plus attractives et plus sécurisées.

383. La mise en échec partielle de la concurrence normative étatique et la production de normes juridiques innovantes, intelligibles, attractives et sécurisées. Il est vrai qu'avec la mondialisation des activités économiques, les contrats d'affaires changent de dimension, non seulement économique, mais également juridique. Elle est un fait incontestable qui n'épargne pas le droit des contrats d'affaires et se traduit par *« l'intensification des interdépendances planétaires dans un nombre croissant de domaines de la vie sociale. Il en résulte que les flux se substituent largement aux territoires et les réseaux aux frontières »*⁶⁶⁹. Dans ce nouvel espace mondialisé de la pratique des affaires, le droit uniforme contractuel, à travers ses règles, est appréhendé comme l'instrument juridique apportant de la sécurité juridique et de l'efficacité aux contrats d'affaires. Par son nouveau rôle, le droit uniforme réduit la concurrence normative entre les États⁶⁷⁰, laquelle est favorisée par la compétition et la course à l'investissement, c'est-à-dire pour attirer plus d'opérateurs privés en leur offrant des avantages normatifs compétitifs.

384. Dans cette optique, en favorisant un esprit général de moralisation des contrats d'affaires motivée, notamment par l'exigence de performance économique, l'élaboration des règles de droit uniforme passera par deux méthodes. D'une part, par la méthode du *« synchrétisme juridique »* qui consiste à rechercher des principes juridiques universels. D'autre part, par la méthode du *« darwinisme juridique »*, c'est-à-dire de procéder par l'élimination des règles non conformes à la satisfaction des besoins des activités économiques internationales⁶⁷¹. À travers ces deux mécanismes, l'objectif est de sélectionner les règles nationales les plus aptes à rationaliser et à optimiser sur le plan économique les rapports juridiques entre acteurs économiques⁶⁷². À titre d'exemple d'une règle empreinte de moralité contractuelle et qui est en parfaite harmonie avec cette analyse économique du contrat dans le choix des règles uniformes applicables à l'environnement juridique des contrats d'affaires, est celle de l'obligation mise à

⁶⁶⁹ F. OST, « Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature », in *Le droit saisi par la mondialisation*, op. cit., p. 6 et s.

⁶⁷⁰ E. DA ALLADA, *Le traitement des contrats d'affaires par le droit OHADA*, op. cit., p. 123.

⁶⁷¹ É. LOQUIN, « Où en est la lex mercatoria, Souveraineté étatique et marchés internationaux », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle*, Mélanges Ph. Kahn, Litec, 2000, p. 23.

⁶⁷² *Ibid.*

la charge du créancier d'une obligation contractuelle de minimiser son dommage. En effet, cette règle morale de « *duty to mitigate damage* », qui est un reflet de l'américanisation de la vie économique comme le note certains auteurs⁶⁷³, a d'abord été consacrée par les juridictions internationales comme principe général, avant d'être intégrée dans la CVIM à son article 77, dans les Principes Unidroit à travers les dispositions de l'article 7-4-8, à l'article 4-504 des Principes européens du droit des contrats, et enfin le droit OHADA à l'article 293 de l'AUDCG.

385. Des règles matérielles du droit des contrats uniformisées pour favoriser l'humanisation des rapports contractuels. L'instrument contractuel dans une ère de mondialisation de l'activité économique s'impose « comme l'outil de régulation par excellence des rapports juridiques »⁶⁷⁴. Nous pouvons constater que la gestion des inégalités sur le marché globalisé engendrées par la mondialisation des contrats d'affaires est au cœur du processus d'uniformisation des règles matérielles du droit des contrats. Ainsi, assurer l'égalité de droit des contractants dans un marché mondialisé, c'est notamment d'éviter la remise en cause de celui-ci. À ce titre, les droits uniformes contractuels assurent cet objectif au moyen de plusieurs principes juridiques et éthiques qui constituent leur fondement. Sans être exhaustif, c'est l'exemple du principe *pacta sunt servanda* tiré des différentes lois étatiques qui ne peut être remis en cause que pour protéger des intérêts supérieurs. C'est un principe qui impose une protection de la volonté des parties et de l'économie du contrat, illustrée également à travers le concept de *favor contractus*⁶⁷⁵ dont la solution est également consacrée par le droit OHADA. Comme le souligne avec pertinence la Professeure C. Kessedjian, « *les relations économiques internationales sont trop onéreuses à établir, trop compliquées à maintenir et dommageables lorsqu'elles s'éteignent prématurément pour que tous les efforts ne soient pas entrepris afin*

⁶⁷³ V. notamment : J. WATANABE, « L'américanisation des règles commerciales : le cas de l'industrie textile », *Histoire, économie & société*, vol. 25, n° 2, 2006, pp. 245-259 ; T. JACQUES, « L'américanisation du commerce français au début des années 1960. Bernardo Trujillo et les séminaires Modern Merchant Methods », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, vol. 134, n° 2, 2017, pp. 131-145 ; J. M. GUÉHENNO, « Américanisation du monde ou mondialisation de l'Amérique ? », *In Politique étrangère*, n°1 - 1999 - 64^e année, pp. 7-20.

⁶⁷⁴ L. HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, « La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », *in Repenser le contrat*, G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), Paris, Dalloz, 2009, p. 221.

⁶⁷⁵ Sur ce concept, V. les travaux de M. E. S. DARANKOUM selon qui le *favor contractus* « *veille à privilégier la naissance du lien contractuel ainsi que le survie de ce dernier, et ce, en limitant les cas où la validité de ce lien contractuel pourrait être mise en cause comme ceux où il pourrait être résilié de manière précipitée ou peu justifiée* » : E. S. DARANKOUM, « La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution », *Rev. dr. unif.*, 2008, p. 230 ; Adde Le Professeur M. FONTAINE soutient dans ces travaux que le *favor contractus* est un concept qui est intégré dans les Principes UNIDROIT et l'avant-projet OHADA sur les contrats et imprègne de plus en plus les conceptions contemporaines du droit des contrats : M. FONTAINE, « L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : vue d'ensemble », *Rev. dr. unif.*, 2008, p. 2008.

d'en permettre l'exécution contre vents et marées »⁶⁷⁶. Cette réalité est prise en compte par les droits uniformes contractuels, qui privilégient le maintien de la relation contractuelle et n'autorisent pas son anéantissement, tant que l'opération économique dont elle est le fondement demeure utile⁶⁷⁷. Toutefois, cette humanisation des rapports contractuels ne constitue pas l'unique intérêt de l'uniformisation des instruments de la moralisation des contrats d'affaires internationaux. La sécurité juridique des activités économiques permet également de mettre en exergue l'intérêt de l'élaboration des droits uniformes de moralisation des contrats d'affaires.

386. L'uniformisation des instruments de la moralisation des contrats d'affaires guidée par la recherche de la sécurité juridique. La rencontre entre l'analyse économique des contrats et le droit n'est pas à l'abri du risque d'insécurité juridique dans un monde où le concept de frontières hérité des traités de Westphalie est remis en question par la mondialisation et la concurrence, lesquelles s'épanouissent dans un environnement propice aux comportements malhonnêtes à la recherche de profits. Ainsi, pour favoriser l'investissement et assurer la performance économique des relations contractuelles, il est nécessaire de garantir aux activités économiques une sécurité juridique. Cette dernière passe notamment par la maîtrise des risques de la production des règles matérielles du droit des contrats d'affaires internationaux dans la mesure où la mondialisation n'a pas manqué de profondément transformer les ordres juridiques. Nous pensons donc que c'est systématiquement par l'harmonisation ou l'uniformisation des systèmes de droit, que peut s'accomplir l'élaboration de normes juridiques sécurisantes, qui puiseraient leurs sources dans la synergie entre la *soft law* qui se rattache à la logique économique du contrat, et la *hard law* qui est liée à la protection des droits fondamentaux.

387. Au demeurant, il est difficile de nier que la légitimité de l'existence de l'uniformisation des règles contractuelles, en plus de dépendre de l'objectif de garantir la sécurité juridique des activités économiques afin d'assurer leur essor⁶⁷⁸, pourrait également être justifiée par les attentes économiques des acteurs du marché sur leurs rapports contractuels. En somme, la mondialisation des activités économiques a conduit à la réduction du monopole étatique de compétence exclusive d'élaboration des règles matérielles du droit des contrats au profit de compétences partagées. Et cette démarche, à des fins utilitaristes, a permis d'orienter

⁶⁷⁶ C. KESSEDJIAN, *Codification du droit international et droit international privé*, RCADI, 2002, t. 300, p. 193.

⁶⁷⁷ E. C. MONTCHO-AGBASSA, « Le *factor contractus* et le droit OHADA », *Penant* juillet 2013, n° 884, p. 340.

⁶⁷⁸ P. G. POUGOUÉ, Y. R. KALIEU-ÉLONGO, *Introduction critique à l'OHADA*, Presse universitaire d'Afrique, Éd. Ruisseau d'Afrique, Bénin, 2008, p. 172.

le processus de moralisation des contrats d'affaires internationaux vers une fonction permettant à garantir l'équilibre et l'efficacité économique du contrat.

Sous-section 2 : La mise en œuvre des règles uniformes de moralisation des contrats d'affaires internationaux

388. Le rôle essentiel des standards juridiques dans la mise en œuvre du processus de moralisation des contrats d'affaires internationaux. Le mouvement de mondialisation de l'activité économique a imposé aux systèmes juridiques de s'interroger sur l'efficacité de la régulation des rapports juridiques sur le marché par la méthode traditionnelle du droit positif. En effet, des questionnements ont émergé en doctrine, notamment sur la question de l'efficacité de la régulation des activités économiques par la voie traditionnelle du *hard law*, et sur l'opportunité de rechercher d'autres modes de régulation par la *soft law*, susceptibles de s'adapter à la mondialisation des activités économiques. Avec ce phénomène, les normes traditionnelles de régulation des activités économiques ont été considérablement affectées avec l'apparition de nouveaux standards⁶⁷⁹. À côté des règles matérielles du droit traditionnel de régulation des activités économiques, les standards juridiques ont imprégné la matière contractuelle et jouent aujourd'hui un rôle essentiel dans le processus de régulation et de moralisation des contrats d'affaires internationaux.

389. Plan. Les instruments de moralisation des contrats d'affaires qui sous-tendent l'uniformisation du droit contractuel pour mieux réguler l'ordre économique mondial ont subi une standardisation⁶⁸⁰ afin de sélectionner les règles juridiques les plus aptes à garantir la performance économique des relations d'affaires. Les standards juridiques sont des normes incontestables au sein des droits uniformes contractuels où ils détiennent une place manifeste. Il est évident que le droit européen (A) et le droit OHADA (B) y font recours comme instruments de moralisation des activités économiques.

⁶⁷⁹ A.-J. ARNAUD, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *Revue droit et société*, n°35, 1997, p.12.

⁶⁸⁰ A. MARTIN-SERF, « La mondialisation des instruments juridiques », in *La mondialisation du droit*, Travaux du Credimi, vol. 19, Paris, Litec, 2000, pp. 179-205.

A- La démarche du droit européen des affaires

390. La standardisation du droit uniforme contractuel : une réponse morale et juridique à la complexification de l'ordre international des rapports juridiques. L'essor de la moralisation des contrats d'affaires intervient également dans un contexte de globalisation des échanges économiques et de concurrence accrue entre les acteurs de l'espace économique mondialisé pour qui l'accès à de nouveaux marchés est un facteur de performance économique. Il a donc fallu, au regard de cette réalité actuelle qui bouleverse la régulation des rapports internationaux, exiger une diversification du degré de juridicité des règles ou normes en fonction des besoins, sans faire de l'obligatorité le seul fondement de la règle de droit. À cet égard, cela s'est traduit par le développement des standards internationaux, lesquelles traduisent la normativité en termes de normalité. D'origine anglo-saxonne, les standards juridiques ont séduit d'autres systèmes juridiques en réponse à un idéal de rationalité et d'équilibre des échanges économiques qui ne peut résulter que de la souplesse de la règle de droit. L'objectif est de permettre une adaptabilité de la règle de droit pour une application adéquate en tenant compte des exigences des rapports économiques. Ce besoin de souplesse et de flexibilité recherché à travers l'intégration textuelle des standards juridiques apparaît dans les différents projets européens d'harmonisation⁶⁸¹, notamment celui du droit des contrats des États membres. Les standards juridiques regroupent différentes caractéristiques essentielles de l'éthique des affaires qui sont déterminantes pour le droit de l'Union européenne compte tenu de sa nature essentiellement économique. Le Doyen Roscoe Pound définit la notion de standard comme un instrument de « mesure moyenne de comportements sociaux corrects »⁶⁸². C'est, le « *bonus pater familias* », le « *reasonable* », l'« intérêt sérieux ou légitime », la « *due diligence* », la « bonne foi », les « bonnes mœurs », la « disproportion manifeste », les « circonstances imprévisibles », le « délai raisonnable », *etc.*, qui sont des notions à contenu variable⁶⁸³, avec comme unité conceptuelle selon Monsieur M. Rials, le critère de la normalité⁶⁸⁴.

391. Pour le Doyen Roscoe Pound, les standards se distinguent des règles de droit, des principes et des concepts par les trois caractéristiques suivantes, à savoir « *lorsqu'ils impliquent*

⁶⁸¹ T. RONZIER, *La sécurisation des standards dans le nouveau droit commun des contrats : étude à partir des standards liés à l'équilibre contractuel*, Thèse Droit, Normandie (Caen), 2022, p. 28.

⁶⁸² R. POUND, « *The Administrative Application of Legal Standard* », Coll. *Making of Modern Law Legal Treatises 1800-1926*, Charleston, BiblioLife Network, 2010, p. 12.

⁶⁸³ Pour une analyse des notions à contenu variable, voir notamment Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984.

⁶⁸⁴ R. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Préf. P. Weil, Coll. *Biblio. de droit public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980, pp. 37-45.

*un certain jugement moral de comportements vertueux ; ne font pas appel à des connaissances juridiques précises et appliquées exactement, mais à un sens commun sur les choses communes ou à une intuition bien entraînée sur les choses au-delà de l'expérience de l'homme moyen ; et ne sont pas formulés de manière absolue et n'ont pas un contenu exact, défini par la loi ou par une décision judiciaire, mais sont relatifs aux époques, aux lieux et aux circonstances et doivent être appliqués en fonction des faits du cas d'espèce »*⁶⁸⁵. Le standard juridique est une notion assez vague, circonscrit généralement sur ce qui se passe sociologiquement dans une société. Au-delà de toute définition organique ou formelle qui ne trouve pas de fondement dès lors qu'il serait impossible d'attribuer leur pouvoir d'édiction à un seul organe, c'est donc par ses fonctions et sa contribution à la fonction moralisatrice de la règle de droit que la notion standard se définit le mieux⁶⁸⁶. Ainsi, dans une situation de concurrence entre acteurs économiques, décrite comme pure et parfaite en théorie⁶⁸⁷, mais qui, en réalité n'est pas souvent vertueuse, les standards juridiques correspondent à la solution adéquate de moralisation pour équilibrer les relations contractuelles.

392. En effet, les sources traditionnelles du droit, même si leur rôle essentiel demeure incontestable dans la régulation des rapports juridiques, font souvent signe de faiblesse quant aux exigences de rapidité, de souplesse, d'efficacité et d'adaptabilité que nécessitent les relations d'affaires internationales. Dans ce contexte, le standard juridique semble être l'outil adéquat qui permet de ne pas se limiter à l'interprétation technique et rigide des règles de droit, et rechercher des solutions équilibrées, compatibles avec les intérêts socio-économiques des rapports juridiques sur le marché. Même si les vertus qu'ils engendrent ne peuvent pas corriger toutes les défaillances des règles de droit, certains standards juridiques permettraient, à l'exemple de « l'abus de position dominante » ou « d'avantage déloyal », par leur souplesse et leur adaptabilité, en tant qu'instrument « de jugement moral de comportements vertueux », à régir les rapports contractuels en tenant compte de l'environnement contractuel et des faits⁶⁸⁸. Ils sont présents partout et irriguent les systèmes juridiques civilistes et ceux de la *common law*,

⁶⁸⁵ R. Pound repris par T. RONZIER, *La sécurisation des standards dans le nouveau droit commun des contrats : étude à partir des standards liés à l'équilibre contractuel*, Thèse droit, Université Caen, 2022, p. 20.

⁶⁸⁶ E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, 2010, p. 30.

⁶⁸⁷ C. RUWET, « Chapitre 3. Pour en finir avec la confusion entre normes et standards. Quelques repères pour situer la normalisation dans l'espace-temps normatif », in Joan Le Goff éd., *Puissances de la norme. Défis juridiques et managériaux des systèmes normatifs contemporains*, EMS Éditions, 2017, p. 54.

⁶⁸⁸ A. A. AL-SANHOURY, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*, Préf. E. Lambert, Coll. Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon, Paris, Marcel Giard, 1925, p. 32 et s., spéc p. 53.

mais aussi fortement présent au cœur du droit de l'Union européenne⁶⁸⁹, où ils connaissent un essor dans le processus de moralisation des contrats d'affaires.

393. L'essor des standards juridiques au sein du droit économique de l'Union européenne. Les standards juridiques sont très présents dans le droit de l'Union européenne et servent de modèle pour moraliser les contrats d'affaires. Leur utilisation fréquente afin de faciliter l'adaptation des dispositions du droit économique aux exigences du marché résulte sans doute de la nature essentiellement économique du droit de l'Union européenne⁶⁹⁰. En effet, les règles qui encadrent les activités économiques doivent être flexibles, permettant leur adaptabilité à l'évolution permanente du marché, par nature changeant⁶⁹¹. À cet égard, la technique de formulation des règles par le moyen de standards juridiques semble la plus adaptée dans la mesure où *« compte tenu de leur indétermination a priori et du recours qu'ils impliquent à des éléments exogènes à l'ordre juridique, les standards favorisent, en effet, la mobilité du contenu de la norme, sans que le contenant soit perpétuellement modifié »*⁶⁹². Les standards juridiques seront donc formulés à des termes suffisamment souples dans l'objectif de pouvoir régir les rapports juridiques, dans des situations données, en fonction de l'efficacité et de l'équilibre recherché par les parties prenantes, tout en prenant en compte les particularités de chaque situation juridique.

394. Illustrations des fonctions de moralisation des standards juridiques dans le droit européen. Sans être exhaustif, la notion d'« abus de position dominante » est une bonne illustration des fonctions de normalisation et de moralisation par des standards juridiques dans l'optique de contribuer à la performance économique des relations d'affaires. En effet, l'« abus de position dominante » est un standard présent à l'article 102 du traité de fonctionnement de la Communauté européenne (ancien article 82 TCE), qui interdit l'exploitation abusive d'une position dominante et constitue la base juridique essentielle du droit de la concurrence au sein de la communauté. Son application effective permet un meilleur fonctionnement du marché européen, au bénéfice des acteurs économiques. Sans définir la notion d'« abus de position dominante », le législateur communautaire, pour favoriser sa flexibilité et sa mobilité en fonction des phénomènes juridiques auxquels ce standard est susceptible de s'appliquer, se

⁶⁸⁹ V. notamment : E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, thèse droit, Université de Strasbourg 3, 2006 ; M. THIOYE, « L'utilisation des standards juridiques par le juge », *RJJ* 2014, p. 1674.

⁶⁹⁰ E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, op. cit., p. 464.

⁶⁹¹ *Ibid.*

⁶⁹² *Ibid.*

contente de donner des exemples constitutifs de comportements d'exploitation abusive. Ce comportement sera contraire à la morale, à la bonne foi et à la recherche de l'efficacité économique, lorsque, notamment, une entreprise occupe une position dominante sur un ou plusieurs marchés et « *impose de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente, ou d'autres conditions de transaction non équitables (a) ; (...) appliquer à l'égard des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes (c) ; subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par leurs partenaires de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats (d)* »⁶⁹³. La CJCE dans l'arrêt *Continental Can* rendu en date du 21 février 1973 a précisé que cette liste n'est pas exhaustive et n'est qu'« *une énumération à titre d'exemple qui n'épuise pas les modes d'exploitation abusive de position dominante interdite par le traité* »⁶⁹⁴. Tel est également la fonction du standard « de profit excessif ou avantage déloyal » de l'article 4 : 109 des Principes du droit européen des contrats (PDEC)⁶⁹⁵ qui fait partie des sources d'inspiration de la rédaction de l'article 1143 du Code civil issu de la réforme du droit des contrats français. Ce texte permet, par sa flexibilité, l'adaptation de la norme aux exigences du droit économique communautaire afin de favoriser la performance économique des relations d'affaires. Outre, du standard de l'« exécution excessivement onéreuse » de l'article 6 : 111, alinéa 2 des PDEC⁶⁹⁶. Ce type de normes standardisées permet de concilier deux impératifs. Il s'agit, d'une part, de la normalisation minimum requise par le droit pour le bon fonctionnement et la sécurité des rapports juridiques et, d'autre part, de l'efficacité économique recherchée dans les contrats d'affaires, laquelle occupe une place importante dans le droit communautaire.

395. Compte tenu de leurs fonctions, les standards juridiques qui sont des notions juridiques applicables en droit économique de l'Union européenne peuvent être appréhendés comme un ensemble de facteurs sociaux et moraux pouvant inspirer le contenu des règles de droit. Il n'est pas, dès lors, étonnant de constater la présence des standards juridiques dans les

⁶⁹³ Article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:fr:PDF>

⁶⁹⁴ CJCE, 21 février 1973, 6/72, *Rec.*, p. 215.

⁶⁹⁵ Article 4 :109 du PDEC qui dispose qu'« *une partie peut provoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion du contrat, (a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante, inexpérimentée ou inapte à la négociation, (b) alors que l'autre partie en avait ou aurait dû en avoir connaissance et que, étant données les circonstances et le but du contrat, elle a pris avantage de la situation de la première avec une déloyauté évidente ou en a retiré un profit excessif* ».

⁶⁹⁶ Article 6 : 111 du PDEC qui dispose à son alinéa 2 que « *les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstance* ». Une disposition qui renvoi donc à la théorie de la révision du contrat pour imprévision.

différentes dispositions du droit de l'Union européenne relative au domaine économique, notamment dans les traités, les projets d'harmonisation, ou la jurisprudence.

396. Un élan d'uniformisation accentué par le projet d'un Code européen des affaires inspiré du succès du droit OHADA. À la différence du droit américain, qui offre plus d'opportunités d'implantation et de financement grâce au droit des affaires unifié dans le *Uniform Commercial Code (UCC)*, le droit européen des affaires connaît une segmentation du marché qui limite les opportunités. Ainsi, pour répondre, d'une part, au constat de la complexité et de l'inintelligibilité de certaines règles du droit des affaires au niveau européen, et d'autre part, de l'influence du succès du droit OHADA, le droit européen des affaires a initié en 2017 un travail d'élaboration d'un Code européen des affaires composé de 13 Livres, qui est porté par l'Association Henri Capitant, présidée par le Professeur Philippe Dupichot. L'objectif est de créer une société européenne simplifiée et un cadre juridique unifié et cohérent, parce qu'il existe toujours des facteurs de blocage à la compétitivité, notamment une part importante de règles diversifiées et beaucoup d'administratives par moment complexe pour les acteurs économiques. Pour y parvenir, l'harmonisation du droit des affaires dans l'espace européen nécessite un désintéressement d'une part de souveraineté, mais aussi l'abandon des politiques fiscales et sociales étatiques. C'est cette démarche qui a fait, en partie, le succès du *Uniform Commercial Code (UCC)* et du droit OHADA, sur lequel nous allons porter une attention particulière afin d'examiner la démarche entreprise pour la mise en œuvre de ses règles uniformes de moralisation des contrats d'affaires.

B- La démarche du droit OHADA

397. La normalisation⁶⁹⁷ des contrats d'affaires en droit OHADA. L'utilisation de la technique de formulation de standards pour rendre flexible et souple des règles de droit dans la régulation des activités économiques en constante fluctuation n'est pas l'apanage de l'ordre juridique de l'Union européenne ou de l'ordre juridique international. Leur présence dans les différents Actes uniformes du droit OHADA prouve l'importance de la technique de formulation de standards juridiques dans les règles de droit économique. L'OHADA, conçu comme un outil au service de la performance des entreprises, a particulièrement pour but de

⁶⁹⁷ La normalisation est définie par l'Institut Internationale de normalisation (ISO) comme « un document établi par consensus et approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour les usages communs et répétés, des règles, des directives ou des caractéristiques, pour des activités ou leurs résultats, garantissant un niveau d'ordre optimal dans un contexte donné » : V en ce sens, Directive ISO/CEI Partie 2, Règles de structure et de rédaction des normes internationales, ISO/CEI, 5e éd., 2004 : 3.

doter les États membres d'un même droit des affaires⁶⁹⁸ afin de rendre leurs droits attractifs aux investissements internationaux et nationaux⁶⁹⁹. Il faut donc relever que la quête de performance économique dans les relations d'affaires est au cœur des préoccupations du législateur OHADA⁷⁰⁰. L'objectif pour ce dernier était de créer un environnement juridique propice, qui permet aux États membres d'atteindre les objectifs socio-économiques qu'ils se sont assignés. À cet effet, il ne pouvait pas se montrer insensible à la technique de standardisation. Toutefois, à la différence du droit européen des affaires qui fonctionnent essentiellement par le biais de directives faisant l'objet d'une transposition en droit national, facteur de diversité des législations des États membres ; en droit OHADA, ce risque de diversité des législations pour les matières réglementées ne se pose pas. En effet, les textes adoptés sont directement intégrés dans le droit positif des États membres, sans qu'il soit nécessaire de reprendre ses dispositions dans une loi interne, permettant une application uniforme des standards juridiques sur le territoire de l'OHADA. Ainsi, au sein de chaque Acte uniforme, notamment ceux relatifs aux domaines du droit commercial général, des contrats de transport de marchandises par route, du droit de l'arbitrage, du droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, le législateur OHADA s'est réapproprié la technique de formulation de standards juridiques dans les règles de droit économique.

398. À titre d'exemple, s'inspirant largement de la Convention de Vienne, l'ordre juridique OHADA a repris pour son compte, à travers l'Acte uniforme sur le droit commercial général⁷⁰¹, les standards juridiques de la vente internationale de marchandise. Face à l'obsolescence et à la vétusté du droit économique des États membres, l'OHADA a pris conscience que, dans un environnement qui requiert performance, efficacité et attractivité, la bonne dynamique serait d'adopter des standards adaptés aux besoins de rationalité et de performance économique des contrats d'affaires. Cette exigence d'irriguer des standards juridiques dans les règles de droit constitue une priorité pour créer les conditions favorables à l'instauration de normes flexibles, dès lors qu'elles représentent mieux les données techniques de la réalité des relations d'affaires. Pour illustrer ces observations, les standards dogmatiques

⁶⁹⁸ M. KONE, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA. Comparaisons avec le droit français*, LGDJ, Coll. Biblio. de droit privé, Paris, 2003, p. 3.

⁶⁹⁹ P. S. A. BADJI, « Réflexion sur l'attractivité du droit OHADA », *B.D.E.*, 2014, 2, p. 50 à 63.

⁷⁰⁰ V° K. MBAYE, « L'historique et les objectifs de l'OHADA », *LPA*, 2004, 205.4. Pour le Doyen Kéba Mbaye, l'OHADA est appréhendé comme « un outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique pour servir l'intégration économique et la croissance ». Il ajoute que, « l'OHADA a une origine africaine et sa raison d'être est économique, tout simplement ».

⁷⁰¹ Voir les articles 234 à 302 de l'AUDCG.

de « bonne foi »⁷⁰² et de « mesures raisonnables »⁷⁰³ sont bien présents dans les dispositions de l'AUDCG afin de les rendre plus efficaces en termes de contribution à la normativité des activités économiques. En pratique, il serait déloyal et contraire à la bonne foi de stipuler dans le contenu du contrat des clauses abusives. Par exemple, une clause de reprise des invendus qui met à la charge du fournisseur l'obligation de reprendre l'ensemble des produits invendus sans tenir compte de leurs états, telle qu'une dégradation de l'emballage en raison des conditions de stockage ou de transport qui relève par principe de la responsabilité du distributeur. Outre, de conclure des contrats d'affaires lésionnaires ou excessivement déséquilibrés.

Ces standards juridiques transparaissent dans plusieurs obligations substantielles des parties au contrat, invitant chacun des contractants à agir dans l'intérêt de son partenaire. Ils renvoient aux modèles de personne loyale, honnête, diligente et attentive aux intérêts légitimes de son cocontractant. À titre d'exemple pratique, il en est ainsi, d'une part, de l'obligation faite au vendeur de prendre les mesures raisonnables, au regard des circonstances imprévues, pour assurer la conservation des marchandises en cas de retard de prise de livraison par l'acheteur, et d'autre part, de l'obligation faite à l'acheteur de rembourser les frais de conservations engagés par le vendeur⁷⁰⁴. Ainsi, avec l'intégration des standards de « bonne foi » et de « mesures raisonnables » dans les divers Actes uniformes de l'OHADA relatifs à la matière contractuelle, les relations d'affaires ne sont plus envisagées comme la rencontre d'intérêts antagonistes, mais la rencontre de deux aspirations convergentes⁷⁰⁵. Il est donc indéniable que, derrière ces standards juridiques, se cache l'objectif de moraliser les contrats d'affaires afin de favoriser un minimum de performance économique des rapports juridiques.

399. La pertinence de la consécration des standards juridiques en droit OHADA.

La règle de droit est également un instrument de politique socio-économique. À cet effet, elle doit pouvoir être flexible, souple et adaptable afin d'assurer sa noble mission de trouver des solutions aux difficultés de régulation de la vie juridiques des affaires par la recherche d'objectivité et de normalité. Ainsi, il existe, dans l'élaboration des standards juridiques, une réelle influence des impératifs contemporains d'équilibre général et de l'efficacité économique des relations d'affaires. Les standards juridiques qui ont la forme de normativité flexible et

⁷⁰² Article 237 de l'AUDCG.

⁷⁰³ Article 293 de l'AUDCG. Voir *supra* n° 202 et s. sur les mesures raisonnables relative à l'obligation de minimiser le dommage.

⁷⁰⁴ Article 271, alinéa de 2 de l'AUDCG.

⁷⁰⁵ C. THIBIERGE, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *op. cit.*, p.362.

modérée sont au cœur des législations modernes où ils occupent une place indispensable⁷⁰⁶. En effet, contrairement aux règles traditionnelles à caractère abstrait et rigide auxquelles on prête la vertu de garantir la sécurité juridique en évinçant la liberté d'interprétation du juge, les standards juridiques permettent à l'autorité judiciaire d'être un acteur d'une justice équitable et flexible. Ils sont capables de s'adapter à la mouvance de la mondialisation des activités économiques. Ainsi, à l'époque contemporaine, semblent donc prévaloir des valeurs éthiques dans l'encadrement des relations d'affaires qui s'identifient à travers la justice contractuelle, l'équité, la bonne foi, l'absence d'arbitrage des juges, *etc.*

400. La formulation de standards juridiques dans les règles de droit OHADA permettrait, par l'universalité et l'unification de la technique⁷⁰⁷, d'offrir aux acteurs économiques un droit de la flexibilité⁷⁰⁸. Avec un recours fécond, permettant d'optimiser la mission du juge en complétant de façon intelligente les règles de droit, les standards juridiques ont conquis une place importante au sein des Actes uniformes de l'OHADA. Ainsi, leur formulation dans les règles de droit permettrait de tenir compte de la variété infinie des circonstances dans les contrats d'affaires, dès lors que les parties au contrat ne sont pas en mesure de tout prévoir et de tout régler avec précision⁷⁰⁹.

401. Toutefois, même s'il a été inspiré par d'autres législations, il faut admettre que le législateur OHADA ne s'est pas contenté de reproduire avec mimétisme les standards internationaux. Ils ont en effet été formulés en prenant en compte les particularités des États membres de l'espace OHADA. Ils sont le fruit d'une uniformisation du droit des affaires qui vient réformer le droit économique hérité de la colonisation, au travers de standards qui ont permis d'évoquer une évolution « vers une africanisation plus affirmée de ce droit »⁷¹⁰.

⁷⁰⁶ V. notamment : C. TUNC, « Standards juridiques et unification du droit », *RIDC* 1970, n° 22-2, p. 250 ; J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in Ch. PERELMAN, R. VANDER EST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 99 et s. ; Ch. PERELMAN, « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », in Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *op. cit.*, LGDJ, 1984, p. 132. ; J.-S. NAVARRO, « Standards et règles de droit », *RRJ* 1988-4, p. 846. Pour l'auteur, « les standards sont non seulement utiles mais également indispensables, non seulement en tant qu'expression de la dimension axiologique du droit mais encore en tant que technique juridique ».

⁷⁰⁷ J. WROBLESKI, « Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit », *RRJ* 1988-4, p. 865.

⁷⁰⁸ J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2001.

⁷⁰⁹ J.-L. BERGEL, « Les standards dans les divers systèmes juridiques », *RRJ* 1988-4, p. 809.

⁷¹⁰ P. TIGER, *Le droit des affaires en Afrique - OHADA.*, éd. PUF, collection Que sais-je ?, Paris 1999, p.14.

402. Conclusion de la section 1. Avec une mise en œuvre différenciée en droit européen des affaires et en droit OHADA, les règles uniformes de moralisation des contrats d'affaires offrent aux juges et aux acteurs économiques des techniques et solutions propres à apporter des corrections aux problèmes économiques des rapports juridiques. En effet, leur mise en application par le biais de standards juridiques est le reflet de deux constatations. D'une part, le niveau d'importance atteint par la vision économique des rapports juridiques en les rendant plus efficaces par l'usage de standards juridiques qui jouent un rôle d'adaptation des règles rigides. D'autre part, la volonté d'imprimer une vision morale aux règles de droit uniforme qui s'inscrivent dans le processus de moralisation et de légitimation du droit contractuel. Malgré les vertus qui leur sont attribuées, les standards juridiques ne sont pas exempts de critiques par une partie de la doctrine⁷¹¹ qui les appréhendent comme une source d'insécurité juridique parce que laissés à la libre appréciation du pouvoir souverain du juge. Ainsi, nous pensons que c'est uniquement lorsque la Cour de cassation jouera ce rôle centre de sécurisation, qu'il serait possible d'assurer « *une certaine stabilité et unification des standards* ». Après ces précisions, voyons maintenant le mouvement de moralisation des contrats d'affaires imprégnée par le CVIM et les principes Unidroit.

Section 2 : La moralisation des contrats d'affaires imprégnée par la CVIM et les principes Unidroit

403. Un cadre réglementaire international de moralisation au service de la performance économique des contrats d'affaires. La moralisation des contrats d'affaires est également un phénomène contractuel saisi par certains instruments internationaux. La réglementation des activités économiques globalisées par les instruments de l'ordre juridique international se justifie pour des raisons de sécurité juridique⁷¹², d'équité et d'efficacité. Ce qui justifie leur succès, c'est parce qu'ils se sont également imposés comme étant les outils les mieux adaptés pour la réglementation des contrats d'affaires internationaux. Leur développement a pris forme au début du XX^e siècle⁷¹³ et a pour objectif, d'une part, de favoriser

⁷¹¹ V. notamment : J. MAURY, « Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives », in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, t.1, Paris, Recueil Sirey, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1938, p. 421 et s. ; M. JAOUEN, « Le jeu des standards en matière contractuelle : variation sur le contrôle des clauses abusives dans les contrats standardisés », *op. cit.*, p. 66 ; Ch. JUILLET, « Les standards en droit des sûretés », *RDA*, février 2014, n° 9, pp. 75-76.

⁷¹² É. LOQUIN, « Sécurité juridique et relations commerciales internationales », in *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, p. 469 à 494.

⁷¹³ Voir en ce sens Mireille Delmas-Marty qui a soutenu l'idée d'un droit mondialisé : M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998.

l'intégration de règles matérielles flexibles⁷¹⁴ dans tous les systèmes juridiques, et d'autre part, de garantir une législation de qualité et faciliter les relations d'affaires transnationales.

404. Plan. Deux instruments phares de droit uniforme qui participent à l'élaboration d'un ordre juridique cohérent permettant le développement équilibré des relations d'affaires seront examinés : la CVIM qui renforce l'approche de moralisation des contrats d'affaires par la technique de la standardisation de ses règles matérielles (**sous-section 1**) ainsi que les Principes Unidroit qui jouent un rôle important dans la recherche de solutions justes et équitables, par la technique de la contractualisation de ses principes (**sous-section 2**).

Sous-section 1 : La moralisation des contrats d'affaires mise à l'honneur par la standardisation des règles matérielles de la CVIM

405. Le renforcement de l'approche de moralisation des contrats d'affaires en faveur de l'équilibre contractuel par la CVIM. Les règles matérielles du droit international uniforme de la CVIM se sont principalement développées dans les pratiques contractuelles et sont appréhendées comme le droit positif du commerce international⁷¹⁵. Elles offrent aux juges et aux parties, dans un environnement globalisé en constante mutation, des mécanismes de gestion des relations contractuelles afin que les effets de leur exécution soient les plus conformes aux attentes des contractants et de l'économie du contrat souhaitée. Ainsi, les dispositions de la CVIM relatives à la matière contractuelle joueront un rôle de régulateur pour les rapports juridiques entre acteurs économiques afin d'assurer leur performance économique sur le marché globalisé.

406. Plan. Pour répondre aux impératifs de moralisation des contrats d'affaires internationaux rendus nécessaires par la globalisation des activités économiques où l'équilibre contractuel est souvent difficile à réaliser, un travail a été entrepris à travers les règles matérielles du droit uniforme de la CVIM, en faisant recours, d'une part, au standard de la bonne foi (**A**), et d'autre part, au standard du « raisonnable » (**B**). Ces deux standards sont des concepts importants de la CVIM, permettant de développer des exigences éthiques de comportements, ainsi que de garantir un ordre contractuel économiquement performant et équilibré.

⁷¹⁴ É. LOQUIN, « Sécurité juridique et relations commerciales internationales », *op. cit.*

⁷¹⁵ É. LOQUIN, « Règles matérielles du commerce international et droit économique », *op. cit.*, p. 89.

A- Le recours au standard de la bonne foi dans la CVIM

407. Genèse de la Convention de Vienne relative à la vente internationale de marchandises. La CVIM est le fruit d'un long mouvement d'uniformisation du droit⁷¹⁶ qui s'est parallèlement développé à la mondialisation de l'économie⁷¹⁷, laquelle a accéléré son adoption. Elle est la version révisée de deux textes : la Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et la Loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels⁷¹⁸. Elle a été entreprise en avril 1930 par l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit). Puis poursuivie après la Deuxième Guerre mondiale sous les auspices de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), pour être finalement concrétisée en avril 1980, lors de la conférence internationale de l'Assemblée générale des Nations Unies organisée à Vienne le 10 et 11 avril 1980. Il sera expressément mentionné dans le Préambule de CVIM que « *l'adoption de règles uniformes applicables aux contrats de vente internationale de marchandises et compatibles avec les différents systèmes sociaux, économiques et juridiques contribuera à l'élimination des obstacles juridiques aux échanges internationaux et favorisera le développement du commerce international* ». La CVIM est qualifiée par certains auteurs de droit commun des relations commerciales internationales⁷¹⁹.

Aujourd'hui, plus de quarante ans après l'adoption de la CVIM, avec quatre-vingt-seize États parties en 2025, à l'exception notable du Sénégal, les principes de la CVIM ont largement été adoptés par les systèmes juridiques étatiques⁷²⁰. Ils ont pu servir de modèle à nombre de textes législatifs d'unification en matière contractuelle dans les ordres juridiques du droit communautaire⁷²¹, c'est-à-dire à l'échelle régionale. L'influence de la CVIM sur le droit de la vente de plusieurs systèmes juridiques, voire de façon générale sur le droit des contrats, manifeste également une préoccupation de moraliser les contrats d'affaires internationaux pour les rendre économiquement efficaces. À cet effet, pour favoriser au mieux les intérêts et

⁷¹⁶ V. P. SCHECHTIEM, C. WITZ, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, 2008.

⁷¹⁷ K. KESSEDJIAN, « Codification du Droit commercial international et droit international privé, De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales », RCADI, t.300, 2002, p.95.

⁷¹⁸ E. E. BERGSTEN, « Les trente-cinq ans de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises : des attentes au résultats », in *Trente-cinq ans de droit des ventes uniforme: Tendances et perspectives*, Actes de la table ronde de haut niveau tenue pendant la quarante-huitième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Vienne, 6 juillet 2015, p. 12.

⁷¹⁹ V° J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit du commerce international*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2018, p.3.

⁷²⁰ À ce jour 96 États ont adhéré, ratifié, approuvé ou accepté la CVIM au sein de leurs systèmes juridiques.

⁷²¹ Notamment, les Principes européens de droit des contrats, l'Acte uniforme sur le droit commercial général de l'OHADA, le projet du cadre commun de référence dans le domaine du droit européen des contrats.

l'équilibre des prestations des parties, la CVIM fera du principe de bonne foi, qui est un outil de moralisation des comportements, son « fil conducteur »⁷²².

408. Le principe de bonne foi comme « fil conducteur » de moralisation des relations commerciales internationales. Tout d'abord envisagée par les rédacteurs de la CVIM comme critère d'interprétation de la volonté et des comportements des parties⁷²³ à travers l'article 7, la bonne foi renferme d'autres exigences morales, impliquant notamment pour les contractants un devoir de collaboration, ou un devoir pour chaque contractant de prendre en compte les intérêts de son cocontractant. Ainsi, sur le fondement de la bonne foi, le vendeur et l'acheteur devront coopérer et adopter un comportement diligent afin de tenter de parvenir à rendre performant la relation contractuelle. Le devoir de coopération imposé aux contractants, lequel poursuit une visée économique, à savoir la réalisation de l'opération économique voulue par les parties, permettrait au contrat de produire son plein effet⁷²⁴. Cela apparaît *de prime abord* dans l'obligation faite à chaque partie de s'abstenir de comportements déloyaux ou de manœuvres qui seront de nature à rendre impossible l'exécution des obligations contractuelles du débiteur. Outre, à travers la bonne foi, il est également fait obligation aux contractants, de faciliter à son cocontractant l'exécution du contrat.

409. Une conception plus intense de la bonne foi dans la CVIM. Les manifestations de la bonne foi qui conduit à l'exigence du devoir de coopération dans la CVIM peuvent être trouvées dans différents articles. À titre d'exemple, l'obligation de coopération apparaît implicitement à l'article 60 de la CVIM qui fait obligation au vendeur de prendre toutes « les mesures raisonnables » qui lui incombent afin de permettre au vendeur de s'acquitter de son obligation de livraison⁷²⁵. Dans un esprit de coopération visant à assurer un contrat performant en combinant les articles 37, 46 et 48-2 de la CVIM, il est d'abord établi que le vendeur a le droit, en cas de défaut de livraison de marchandises conformes ou de quantité manquante, de le réparer sans que l'exercice de ce droit ne cause à l'acheteur ni inconvénients ni frais

⁷²² M. H. NGUYEN, « Chapitre 1. La bonne foi », in *Vente internationale et droit vietnamien de la vente*, Presses universitaires François-Rabelais, 2010.

⁷²³ Convention de Vienne, art. 7 : « 1) Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international. 2) Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elles seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé ».

⁷²⁴ M. GOUBINAT. *Les principes directeurs du droit des contrats*, Thèse Droit Université Grenoble Alpes, 2016, p. 45.

⁷²⁵ Article 60 de la CVIM.

déraisonnables⁷²⁶. De plus, si l'action en réparation du vendeur ne cause aucun inconvénient déraisonnable à l'acheteur, ce dernier ne peut se prévaloir d'un moyen incompatible avec l'exécution par le vendeur de ses obligations⁷²⁷. Un tel comportement serait contraire à l'obligation de coopération qui lui incombe.

Ainsi, ce qui permet cet assouplissement des obligations du vendeur, à la différence du droit commun des contrats qui est moins conciliant en cas de défaut de conformité, c'est le degré d'intensité de la bonne foi qui offre la possibilité de s'affranchir du respect aveugle de la lettre du contrat imposé par le principe de l'autonomie de la volonté et, ainsi faire produire au contrat les effets envisagés par les parties. Il convient donc de constater que ce devoir de coopération, qui est une exigence imposée par le principe de bonne foi, se manifeste dans les contrats de vente internationale chaque fois que des circonstances apparaissent après leur formation en déséquilibrant les obligations respectives des parties, rendant difficile l'exécution du contrat. Il faut relever que, contrairement à son application dans les contrats de droit interne, la bonne foi semble être plus exigée dans le contexte des contrats de vente internationale. Ces derniers sont en effet plus exposés aux risques de difficultés d'exécution du contrat, et les changements de circonstances que les parties ne peuvent pas prévenir y sont plus récurrents. En tant que norme à connotation morale, le rôle de l'obligation de coopération est de rassurer les contractants en permettant de corriger les inégalités factuelles⁷²⁸ et réguler les obligations respectives des parties en fonction des besoins exprimés. Elles sont donc incitées à adopter une attitude conciliante compte tenu de l'important enjeu économique de la relation d'affaires. Ainsi, la bonne foi qui voit son contenu s'étendre à des fins utilitaristes, c'est-à-dire pour éradiquer les situations d'inégalités et de déséquilibres dans les rapports juridiques, apparaît comme une règle substantielle qui fait émergée des normes de comportements.

410. Illustration jurisprudentielle de l'application pratique du standard de bonne foi. Parmi les principes généraux de la CVIM, la bonne foi apparaît le plus dans les décisions. En se référant à l'obligation de coopération, la sentence arbitrale de la Chambre de commerce international (C.C.I) n° 2291 rendue en 1995 déclare que « *toute transaction commerciale est fondée sur l'équilibre des prestations réciproques et que nier ce principe reviendrait à faire du contrat commercial un contrat aléatoire, fondé sur la spéculation ou le hasard. C'est une règle de la lex mercatoria : les prestations doivent être équilibrées sur le plan financier. C'est*

⁷²⁶ Article 37 de la CVIM.

⁷²⁷ Article 48-2 de la CVIM.

⁷²⁸ V. G. MORIN, « Le devoir de coopération dans les contrats internationaux », *Dr.prat.com.int.* 1980, p. 9.

*pourquoi, dans presque tous les contrats internationaux, “le prix est donc fixé en fonction des conditions existant au moment de la conclusion du contrat et il variera en fonction de paramètres qui reflètent les variations des valeurs des différents éléments qui composent le produit ou la prestation” »*⁷²⁹. Il était question pour l’arbitre dans cette affaire de déterminer le prix d’un contrat de transport et d’emballage passé entre un transporteur français et une entreprise anglaise pour l’acheminement d’un laminoir qui devait être transporté de la France jusqu’en Afrique, sur la base d’ordres portant sur un transport par voie terrestre et maritime. En l’espèce, le transporteur prétendait à une augmentation du prix convenu en soutenant, d’une part, que les pièces transportées étaient plus volumineuses que ce qui était prévu dans le contrat, et d’autre part que leur nombre était plus élevé. Le client anglais, quant à lui, avance le motif selon lequel les parties avaient déjà trouvé un accord sur les modalités de révision du prix en prévoyant une clause qui stipule les conditions de révision du prix. L’entreprise anglaise conteste donc à ce que la clause puisse être appliquée à autre chose qui serait différent à une éventualité de modification des tarifs de fret maritime. La jurisprudence arbitrale semble à cet effet faire de l’exigence de maintenir l’équilibre des prestations des parties, une règle dans les contrats de vente internationale.

411. Dans une autre affaire concernant l’obligation du contractant de tenir compte des intérêts de son cocontractant, la Cour d’arbitrage de la C.C.I, dans sa sentence arbitrale n° 11894 de 2003, a déclaré que le remède utilisé par le créancier pour corriger l’inexécution de ses obligations était inefficace dès lors que l’avantage qu’il en a tiré était injuste, venant à nuire les intérêts de son partenaire⁷³⁰. Dans un arrêt rendu en date du 19 juin 2009, la Cour de cassation de Belgique a mis à la charge d’une des parties, l’obligation de renégocier un contrat devenu déséquilibré au nom de la bonne foi. Elle soutient que, conformément au principe général de bonne foi sur lequel se fonde la CVIM, en cas de changement de circonstances « *la partie qui invoque de telles circonstances modifiées ébranlant fondamentalement l’équilibre contractuel a aussi le droit de réclamer une nouvelle négociation du contrat* »⁷³¹. Dans une affaire plus récente, l’arrêt rendu le 9 février 2017 par la Cour d’appel de Lyon est une illustration éloquent de l’obligation de coopération, corolaire du principe de bonne foi, pouvant peser sur les contractants dans le cadre l’exécution d’un contrat portant sur la vente de matériels dont les fonctionnalités devaient être précisées après la phase de formation du

⁷²⁹ Sentence CCI, affaire n° 2291, 1975, *Clunet* 1976, 989 et s.

⁷³⁰ Sentence arbitrale n°11894 de la Cour d’arbitrage de la CCI du 2003.

⁷³¹ C. Cass. belge, 19 juin 2009 : *RDC* 2009, p. 737, obs. K. Szychowska ; *DA QR* 2010/94, obs. D. Philippe.

contrat⁷³². Pour les juges du fond « même si la Convention de Vienne ne le prévoit pas expressément, le fabricant/fournisseur de matériels complexes est évidemment tenu, à l'égard de son acheteur professionnel, mais d'une autre spécialité que la sienne, d'une obligation d'information et de conseil qui est le corolaire de l'obligation de collaboration mise à la charge de cet acheteur, sachant qu'en droit international comme en droit interne, ces obligations réciproques s'inscrivent dans la notion générale d'exécution de bonne foi des contrats ». Ainsi, même si des manquements contractuels apparaissent à première vue comme insignifiants, ils peuvent être qualifiés de contraventions essentielles dès lors qu'ils sont de nature à faire perdre au contrat sa raison d'être⁷³³, ou empêchent les contractants d'atteindre le but projeté dans le contrat⁷³⁴.

412. En somme, comme le soutient le Professeur P. Kahn, « la bonne foi est un des principes fondamentaux de la *lex mercatoria* »⁷³⁵ et, dans toutes les relations commerciales internationales régies par la CVIM, les contractants sont tenus de se soumettre à ce principe. Après ces constatations, il convient à présent d'examiner le standard du « raisonnable » qui occupe une place indispensable dans la CVIM pour le développement harmonieux de solutions justes et cohérentes et pour des rapports juridiques équilibrés.

B- L'expression du standard du « raisonnable » dans la CVIM

413. L'utilisation du principe du « raisonnable » comme instrument de garantie des valeurs morales et économiques offrant une efficacité aux relations économiques internationales. En plus d'être une norme de comportement⁷³⁶, la notion de « raisonnable » qui est un concept phare de *common law*,⁷³⁷ sert également de modèle de référence permettant de favoriser l'équilibre des prestations respectives des parties dans les contrats du commerce international. Elle a pris son ampleur dans la régulation des activités économiques avec son intégration dans la Convention de Vienne du 11 avril 1980⁷³⁸. Très présent dans les dispositions de la CVIM⁷³⁹, le concept du « raisonnable » est le parfait exemple qui justifie le processus

⁷³² CA de Lyon, 9 février 2017, *CISG-France* n° 236.

⁷³³ V. en ce sens la solution rendue par *US District Court. Texas*, 21 septembre 2021, aff. n° 4: 20- CV-00425, I.H.R., 2022, p. 143.

⁷³⁴ V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, LGDJ, Paris 2001, p. 349.

⁷³⁵ P. KAHN, « L'internationalisation de la vente », in *L'internationalisation dans les institutions et le droit : convergences et défis : études offertes à Alain Plantey*, Pedone, 1995, p. 304.

⁷³⁶ Voir *supra*, n° 237 et s.

⁷³⁷ Voir *supra*, n° 224 et s.

⁷³⁸ G. WEISZBERG, *Le raisonnable en droit du commerce international*, Thèse droit, Paris 2, 2003.

⁷³⁹ La notion de « raisonnable » est employée 46 fois par le législateur dans plus de trente articles : V°. CVIM, art. 8-2 et 8-3, 16-2, b ; 18-2 ; 25 ; 33, c ; 34 ; 35.2 b ; 37 ; 38.3 ; 39.1 ; 43.1 ; 44 ; 46-2 et 46-3 ; 47-1 ; 48-1 et 48-2 ;

d'universalisation et d'unification de la norme sous l'influence de la mondialisation de l'économie. Dans les contrats de vente internationale, il jouerait un rôle de régulation, dès lors que son utilisation est mue par la recherche d'un équilibre global⁷⁴⁰, et qu'il permettrait aux juges et aux parties de parvenir à trouver une solution sur une question épineuse qui pourrait empêcher d'atteindre le résultat voulu au moment de l'exécution de leurs obligations respectives. Ainsi, pour préserver la performance économique des relations d'affaires, la CVIM sanctionne les comportements qui ne seraient pas considérés comme raisonnables compte tenu des circonstances de la relation contractuelle. À cet effet, l'article 35-2, b de la CVIM dispose que : « (...) *À moins que les parties n'en soient convenues autrement, les marchandises ne sont conformes au contrat que si (...) elles sont propres à tout usage spécial qui a été porté expressément ou tacitement à la connaissance du vendeur au moment de la conclusion du contrat, sauf s'il résulte des circonstances que l'acheteur ne s'en est pas remis à la compétence ou à l'appréciation du vendeur ou qu'il n'était pas raisonnable de sa part de le faire* »⁷⁴¹. Dans cet esprit, les parties sont invitées à travers l'article 85 de la CVIM à prendre toutes les mesures raisonnables afin de limiter les pertes⁷⁴². Pour préserver l'efficacité économique du contrat en pareilles circonstances, d'une part, il est fait obligation à l'acheteur, à assurer la conservation des marchandises lorsqu'il exerce son droit de les refuser⁷⁴³ ; d'autre part, on lui reconnaît le droit de pouvoir procéder au remplacement par l'achat d'autres marchandises à la condition de le faire de façon raisonnable⁷⁴⁴. Il faut constater que les droits et obligations qui pèsent sur chacune des parties sont ménagés. Ainsi, la partie qui intervient pour maintenir l'équilibre de la relation contractuelle et éviter les pertes sera déchargée des dépenses raisonnables qu'elle aura engagées, et elle sera remboursée des frais déraisonnables engagés pour conserver ou revendre les marchandises⁷⁴⁵.

414. Ainsi, ces préoccupations pour l'équilibre des prestations respectives des parties au contrat confirment l'utilisation du standard du « raisonnable » comme critère permettant d'identifier, dans les contrats du commerce international, l'exigence d'une éthique des affaires

49-2, a et 49-2, b ; 60, a ; 63-1 ; 64-2, a ; 65-1 et 65-2 ; 72-2 ; 73-2 ; 75 ; 76-2 ; 77 ; 79-1 et 79-4 ; 85 ; 86-1 et 86-2 ; 87 ; 88-1, 88-2 et 88-3.

⁷⁴⁰ L.-M. DUONG, « La notion de raisonnable en droit économique. Pour une approche systémique des relations juridiques complexes », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 54, n° 1, 2005, p. 104.

⁷⁴¹ Article 35.2, b de la CVIM.

⁷⁴² Article 85 de la CVIM.

⁷⁴³ Article 86-1 de la CVIM.

⁷⁴⁴ Article 75 de la CVIM.

⁷⁴⁵ V. les articles 34, 37, 81-1 et 86-2 de la CVIM.

en encourageant des comportements justes et judicieux⁷⁴⁶. À l'analyse, le standard du « raisonnable » de la CVIM semble se rapprocher du test du « *reasonableness* » de la *common law* américaine ou du « bon homme d'affaires » des droits civilistes. Toutefois, malgré ce rapprochement, pour certains auteurs, la notion du « raisonnable » de la CVIM n'est pas identique avec ces concepts. En effet, comme l'a souligné Monsieur Plantard, « *les rédacteurs de la convention ont, dans la mesure du possible, évité d'utiliser, ici comme ailleurs, des concepts qui évoqueraient trop les techniques et institutions des droits nationaux, pour limiter les risques d'interprétation non uniforme de la convention* »⁷⁴⁷. Pour donc éviter toute insécurité juridique dans les opérations économiques internationales, il a été préférable de déterminer une définition autonome et uniforme, en se référant à la jurisprudence et à la doctrine internationales. Une signification normale et acceptable sera donnée au concept du « raisonnable » à travers ses diverses utilisations pour le rendre autonome et uniforme, en tenant particulièrement compte à la spécificité de l'opération économique qui traverse les frontières, ainsi que de la situation d'espèce. Ainsi, le concept de « raisonnable », dans ses différentes références, sera interprété au sens de la CVIM afin d'écarter les différences inhérentes à la diversité de culture juridique des systèmes, même s'il faut admettre que cette volonté sera souvent difficile à satisfaire. C'est donc son interprétation uniforme qui fait du concept du « raisonnable » de la CVIM, un instrument spécifique de sécurité juridique auquel il est possible de faire recours pour offrir un équilibre aux prestations respectives. Cela apparaît à travers plusieurs références de la notion dans la CVIM, telles que « les délais supplémentaires de durée raisonnable » et la prise de « mesures raisonnables ».

415. Les délais supplémentaires de durée raisonnable pour favoriser l'exécution des obligations contractuelles. Pour permettre aux parties au contrat d'atteindre le résultat voulu, des aménagements ont été prévus par la CVIM afin de leur donner la possibilité d'exécuter leurs obligations. Ainsi, à travers des dispositions conventionnelles, les parties peuvent aménager l'exécution de leurs obligations. C'est l'exemple de l'article 47-1 de la CVIM qui dispose que « *l'acheteur peut impartir au vendeur un délai supplémentaire de durée raisonnable pour l'exécution de ses obligations* »⁷⁴⁸. Le délai supplémentaire auquel font référence les rédacteurs de la CVIM dans cette disposition a été précisé par la Cour d'appel de

⁷⁴⁶ G. WEISZBERG, *Le raisonnable en droit du commerce international*, op. cit., p. 140.

⁷⁴⁷ J.-P. PLANTARD, « Un nouveau droit uniforme de la vente internationale : la Convention des Nations Unies du 1^{er} avril 1980 », *J.D.I.* 1988, cité par G. WEISZBERG, *Le raisonnable en droit du commerce international*, op. cit., p. 175. Pour cet auteur « le raisonnable de la Convention de Vienne est une spécificité de cet instrument, sans doute inspiré à l'origine des systèmes nationaux, néanmoins autonome, irréductible à une définition univoque ».

⁷⁴⁸ Article 47-1 de la CVIM.

Reims dans un arrêt rendu en date du 30 avril 2013⁷⁴⁹. Dans cette affaire qui portait sur un contrat de réalisation et de distribution exclusive de produits de décoration lumineuse sur le territoire italien conclu, entre une société de droit français et une société de droit italien, selon les juges du fond, le délai supplémentaire de durée raisonnable pourrait correspondre à un délai de 15 jours (délai donné au vendeur par l'acheteur pour remplacer le matériel défectueux). Toutefois, le délai supplémentaire peut varier suivant la nature de l'opération économique à réaliser ou du lieu de livraison de la marchandise, ainsi prise en compte par le juge. Sa détermination est en effet conditionnée par les faits de l'espèce et il serait impossible de le fixer de manière abstraite. Et pour les conditions d'octroi de ce délai supplémentaire à l'acheteur, la Cour d'appel de Bordeaux va apporter une précision de taille en affirmant que « *la Convention de Vienne ne permet pas à l'acheteur qui contrevient à ses obligations de réclamer un délai pour les exécuter ; que dans cette hypothèse, c'est le vendeur qui a la possibilité d'octroyer un tel délai, ce en vertu de l'article 63 de la Convention* »⁷⁵⁰. Nous relevons que cette interprétation de l'article 63-1 de la CVIM crée une situation d'inégalité entre les droits de l'acheteur et du vendeur sur l'octroi d'un délai supplémentaire, dès lors que, conformément à l'article 48 de la CVIM, le vendeur peut s'auto-accorder un délai supplémentaire afin de corriger ses manquements et de mener à bien ses obligations.

Inversement aux droits de l'acheteur, l'article 48 et l'article 63-1 du CVIM disposent respectivement que : « *le vendeur a le droit de s'accorder lui-même une durée supplémentaire raisonnable pour réparer tout manquement à ses obligations* »⁷⁵¹ et que « *le vendeur peut impartir à l'acheteur un délai supplémentaire de durée raisonnable pour l'exécution de ses obligations* »⁷⁵². Toutefois, il convient de relever que les applications jurisprudentielles de l'article 63-1 de la CVIM sont plus rares, sans doute parce que les obligations du vendeur sont plus difficiles à exécuter et que le juge serait plus conciliant à son égard pour lui faciliter leurs exécutions. Quoi qu'il en soit, le même mécanisme de l'article 47-1 de la CVIM sera utilisé pour déterminer le délai supplémentaire qui sera accordé au vendeur. Dans une décision rendue par le TGI de Strasbourg en date 22 décembre 2006, les juges avaient retenu que le non-respect du délai supplémentaire de sept jours accordé à l'acheteur ne pouvait pas donner lieu à une

⁷⁴⁹ CA. Reims, 30 avril 2013, RG n° 11/01950. Disponible en ligne et consulté le 30 mai 2024. <https://www.doctrine.fr/d/CA/Reims/2013/R1C5F916C636E88CE10E9>.

⁷⁵⁰ CA de Bordeaux, 25 février 2016, n° 14-06947.

⁷⁵¹ Article 48 de la CVIM.

⁷⁵² Article 63-1 de la CVIM.

résolution du contrat dans la mesure où, au regard des circonstances de l'espèce, ce délai était déraisonnable⁷⁵³.

416. À la lumière de ces constatations, on peut conclure que les articles 47-1, 48 et 63-1 de la CVIM illustrent, sous le prisme du concept du « raisonnable », le principe de maintien de la relation contractuelle. Ce principe vise à permettre aux parties au contrat de poursuivre leurs objectifs malgré les éventuels manquements, afin d'atteindre le résultat souhaité. À partir de ces exemples, le concept du « raisonnable » peut être appréhendé comme un instrument qui exprime des valeurs morales, telles que la bonne foi et la coopération, au service de la performance économique des contrats du commerce international. Ce rôle transparaît également dans une autre référence à la notion de « raisonnable » dans la CVIM : celle de la prise de « mesures raisonnables ».

417. La prise de mesures raisonnables pour sauvegarder l'équilibre des droits et obligations. Afin de rendre les contrats du commerce international performants en minimisant les pertes lorsque cela est possible pour la partie créancière d'une obligation, les rédacteurs ont retranscrit, dans les dispositions de la CVIM, le principe du « *duty to mitigate damages* » issu de la *common law* américaine⁷⁵⁴. L'article 77 de la CVIM dispose que : « *la partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de la faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée* »⁷⁵⁵. Dans ce même esprit de limiter les pertes, l'article 85 de la CVIM met à la charge du vendeur une obligation de prendre des « *mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour en assurer la conservation* »⁷⁵⁶. L'exécution de cette obligation lui accorde le droit de retenir les marchandises « *jusqu'à ce qu'il ait obtenu de l'acheteur le remboursement de ses dépenses raisonnables* ». Il est possible de soutenir qu'une obligation de comportement qui se manifeste à travers l'exigence de coopération, de loyauté et du respect de l'équité est mise à la charge des contractants. L'objectif est toujours le même,

⁷⁵³ TGI Strasbourg, 22 décembre 2006. Les juges ont affirmé qu'« au vu du texte de l'article 64, le Tribunal estime qu'il n'y a pas lieu de cumuler ce délai avec le délai qui doit être le délai normal de retrait de la marchandise, dont la non observation éventuelle est sanctionnée comme non-respect d'une obligation essentielle du contrat, mais de considérer isolément ce délai, qualifié de supplémentaire, que le vendeur avait certes la faculté ou non d'accorder, mais qui devait, dès lors qu'il était octroyé à l'acheteur, lui aussi être raisonnable ».

⁷⁵⁴ V. *supra*, n° 255 et s.

⁷⁵⁵ Article 77 de la CVIM.

⁷⁵⁶ Article 85 de la CVIM.

celui de garantir certaines valeurs morales et économiques, essentielles dans les relations commerciales internationales.

418. En réalité, malgré la place importante que le processus de moralisation des contrats d'affaires occupe au sein de la CVIM, celle-ci n'est pas la seule à s'en préoccuper. Les Principes Unidroit poursuivent également dans le même objectif à travers son œuvre d'uniformisation des règles de droit matériel des activités économiques.

Sous-section 2 : La moralisation des contrats d'affaires mise à l'honneur par la contractualisation des principes Unidroit

419. Un processus de moralisation globalisé par les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. Parmi les instruments examinés qui ont contribué au processus de moralisation des contrats d'affaires internationaux, ce serait un *casus belli* de ne pas y intégrer les Principes d'Unidroit. En tant qu'instrument de la *soft law*⁷⁵⁷ qui tente de répondre aux attentes de flexibilité, de rapidité et de sécurité dans la régulation des rapports juridiques de la part des acteurs, les Principes Unidroit se caractérisent comme des règles générales des contrats du commerce international. En effet, constituant une codification élaborée du droit des contrats du commerce international, ils ne peuvent pas être réduits à une simple expression de la pratique contractuelle⁷⁵⁸. Pour créer des règles juridiques appropriées pour les contrats commerciaux internationaux, tout en respectant les traditions juridiques de la *common law* et de la *civil law*, les auteurs des principes Unidroit se sont inspirés de divers systèmes juridiques et d'instruments internationaux, tels que la Convention sur la vente internationale de marchandises (CVIM).

420. Plan. Pour que les contrats du commerce international soient équitables et produire les résultats escomptés par les parties, des instruments de lutte contre les résultats contractuels inéquitables ont été élaborés (**A**) et l'équilibre du contrat apprécié objectivement par le but qu'il s'assigne (**B**) dans les Principes Unidroit.

⁷⁵⁷ M. FONTAINE, « L'harmonisation du droit des contrats et la pratique contractuelle », in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, Bruylant, 2005, p. 3.

⁷⁵⁸ *Ibid.*

A- Les instruments de lutte contre les résultats contractuels inéquitables

421. Genèse des Principes d'Unidroit s'appliquant aux contrats du commerce international. L'effervescence de la mondialisation de l'activité économique a également donné naissance à des groupes de travail d'universitaires et de praticiens. L'objectif était d'envisager des corps de règles modernisées, harmonisées et coordonnés entre les différents systèmes juridiques sous-tendus par des instruments de droit uniforme et des principes généraux. C'est dans ce contexte que les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international ont été adoptés sous les auspices de l'Institut international pour l'unification du droit privé qui fut créé en 1926 et rétabli en 1940 après la disparition de la Société des Nations (SDN). Ce qui lui confère le statut d'organisation intergouvernementale indépendante⁷⁵⁹. L'institut compte 65 pays membres, dont la France, les États-Unis, parmi les systèmes juridiques étudiés et sans le Sénégal. Conformément à l'article 1^{er} de son statut, Unidroit « a pour objet d'étudier les moyens d'harmoniser et de coordonner le droit privé entre les États ou entre les groupes d'États et de préparer gratuitement l'adoption par les divers États d'une législation de droit privé uniforme »⁷⁶⁰. La première version des Principes Unidroit sur les contrats du commerce international a été publiée en 1994⁷⁶¹ pour être révisée en 2004, 2010 et 2016. Ainsi, « conçus comme un instrument de soft law, ces Principes offrent une codification presque complète du droit des contrats à vocation universelle, aspirant à transcender les divergences entre civil et common law »⁷⁶². En effet, leur caractéristique principale réside dans leur mode de mise en œuvre. Elles diffèrent de la CVIM, du droit OHADA et du droit européen des affaires par le fait qu'elles ne sont pas contraignantes. Leur force obligatoire dépend de la volonté des parties, lorsque celles-ci décident, au moment de la conclusion du contrat, d'en faire leur loi.

422. Le mécanisme de la contractualisation : une spécificité des Principes Unidroit.

Le premier cas d'application des Principes Unidroit découle de la sentence arbitrale rendue en date du 1^{er} décembre 1996 par la Chambre d'arbitrage national et international de Milan⁷⁶³. Les parties qui ont décidé de faire des Principes Unidroit leur loi sur leur litige soumis à un arbitre unique. En l'espèce, un contrat d'agence commerciale pour la distribution de meubles a été

⁷⁵⁹ V. le statut organique d'Unidroit : <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/05/statute.pdf>

⁷⁶⁰ Article 1^{er} des statuts de l'Institut International pour l'Unification du Droit Privé (UNIDROIT).

⁷⁶¹ V. notamment : J. HUET, « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux principes d'Unidroit, une nouvelle lex mercatoria », *LPA*, 10 novembre 1995, p. 8. ; V. J.-P. BERAUDO, « Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international », *JCP G* 1995, I. 3842.

⁷⁶² M. FONTAINE, « L'harmonisation du droit des contrats et la pratique contractuelle », *op. cit.*, p. 3.

⁷⁶³ Chambre d'arbitrage national et international de Milan (Italie) 1. XII 1996 - n° A - 1796/51.

conclu entre le représenté qui est une société de droit italienne, et un agent qui est une société de droit américain. Le représenté qui reproche à l'agent de ne pas avoir atteint les résultats escomptés décide de rompre le contrat. L'agent, en qualité de demandeur, décide de soumettre l'affaire à un arbitre pour que celui-ci apprécie à titre principal le caractère abusif de la résolution du contrat, et demande la réparation de son préjudice à titre subsidiaire. Ainsi, sur la question du droit applicable à leur litige, les parties avaient décidé au début de la procédure arbitrale, l'application des Principes Unidroit qui seront tempérés par le recours à l'équité. L'arbitre, en appliquant exclusivement les Principes d'Unidroit expressément désignés par les parties comme loi applicable à leur litige, jugera la résolution du contrat comme étant abusive et condamnera l'agent fautif à la réparation du dommage⁷⁶⁴.

423. En faisant l'état des lieux, il faut constater que les Principes Unidroit gagnent de plus en plus de place dans les sources du droit des contrats internationaux du fait de leurs utilisations régulières par les contractants, les tribunaux et les législateurs nationaux en quête de modèles pour en faire une règle de droit⁷⁶⁵. Même s'ils n'ont pas formellement de valeur contraignante ou obligatoire, les Principes Unidroit peuvent souvent inspirer les arbitres ou les tribunaux dans la résolution des litiges en matière de contrat du commerce international⁷⁶⁶.

Ainsi, dans l'introduction de l'édition de 1994, il est mentionné que les Principes Unidroit « *sont suffisamment souples pour tenir compte des situations changeantes provoquées par les développements technologiques et économiques touchant la pratique commerciale internationale. Ils essaient (...) de garantir l'équité dans les relations commerciales internationales en indiquant expressément l'obligation générale des parties d'agir de bonne foi et, dans certains cas spécifiques, en imposant des critères de comportement raisonnable* »⁷⁶⁷. La règle qui sera retenue est celle qui permet sur le plan économique

⁷⁶⁴ Pour motiver sa sentence arbitrale, l'arbitre a fait recours à plusieurs dispositions des Principes ont été appliquées pour justifier la solution donnée par la juridiction arbitrale, notamment : l'article 7.3.1 afin d'exclure le caractère d'inexécution essentielle à une situation précisément et expressément envisagée par les parties comme susceptible de renégociation ; les articles 7.4.1 et 7.4.2 lui permettant d'affirmer que le créancier a droit à la réparation intégrale de son préjudice par suite de l'inexécution de l'autre partie ; l'article 7.4.9 afin de confirmer la validité de la clause contractuelle qui prévoit que des intérêts sont dus à compter de l'échéance pour le paiement des commissions ; enfin, l'article 7.4.13 afin de confirmer que le taux convenu contractuellement pour les intérêts (15 %) est valable.

⁷⁶⁵ E. S. DARANKOUM, « L'application des principes d'Unidroit par les arbitres internationaux et par les juges étatiques », *RJT* 2002 n°36, pp.421 à 480.

⁷⁶⁶ Ch. LARROUMET, « La valeur des Principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *JCP G* 1997, I., 4011, n° 3.

⁷⁶⁷ Introduction à l'édition de 1994 des Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, édition 2016, p. xxix.

d'optimiser les rapports juridiques⁷⁶⁸. C'est par exemple de la notion d'« avantage excessif » ou celle de « *hardship* ».

424. Quelques notions de lutte contre les résultats inévitables dans les contrats du commerce international. Les Principes Unidroit sont des instruments interprétatifs qui œuvrent dans la mise en place des normes de droit uniforme⁷⁶⁹ et ont pour finalité d'assurer un équilibre aux divers intérêts des contractants qui s'engagent dans des rapports juridiques internationaux. Ainsi, sans être exhaustif sur les instruments qui favorisent la moralisation des contrats d'affaires et, par ricochet, leur performance économique, les concepts dogmatiques, tels que l'« avantage excessif » et le « *hardship* », sont inévitablement présents dans les Principes Unidroit. S'agissant de l'« avantage excessif », c'est un concept spécifique aux contrats du commerce international. En effet, l'article 3.2.7 des Principes Unidroit permet d'invoquer la nullité du contrat ou de l'une de ses clauses pour cause de lésion dès lors qu'un « avantage excessif » a été injustement accordé à l'une des parties. Les conditions sont de tenir compte, conformément à cette disposition, de l'abus de la situation de dépendance ou de vulnérabilité du cocontractant et de la nature et du but du contrat⁷⁷⁰. D'après les commentaires de l'article, « *la présente disposition permet à une partie d'annuler un contrat dans des cas où il y a une forte inégalité entre les obligations des parties qui donne à une partie un avantage excessif injustifié* ». C'est une disposition qui semble donc avoir inspiré le législateur français qui a consacré, lors de la réforme du droit des contrats de 2016, la violence par abus de dépendance à travers l'article 1143 du Code civil qui prévoit presque les mêmes conditions de mise en œuvre et les mêmes effets que ceux des Principes Unidroit.

425. Le standard de renégociation du contrat. Les Principes Unidroit consacrent également le standard de la renégociation du contrat par l'insertion lors de sa conclusion d'une stipulation dénommée « clause de *hardship* ». Conformément aux dispositions de l'article 6.2.1 des Principes Unidroit, le *hardship* est une exception au principe de la force obligatoire du contrat, selon lequel « *les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même*

⁷⁶⁸ É. LOQUIN, « Où en est la *lex mercatoria*, Souveraineté étatique et marchés internationaux », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle*, Mélanges Ph. Kahn, Litec, 2000. p. 23.

⁷⁶⁹ Principes Unidroit 2016, Commentaires du Préambule, point n° 5.

⁷⁷⁰ Article 3.2.7 des Principes Unidroit : « *La nullité du contrat ou de l'une de ses clauses pour cause de lésion peut être invoquée par une partie lorsqu'au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie. On doit, notamment, prendre en considération : a) le fait que l'autre partie a profité d'une manière déloyale de l'état de dépendance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'inaptitude à la négociation de la première; et b) la nature et le but du contrat* ».

l'exécution en serait devenue onéreuse, sous réserve des dispositions (...) relatives au hardship ». Le *hardship* est une clause insérée dans le contrat par les parties, selon laquelle elles organisent en amont les conditions de réaménagement de l'exécution de leurs obligations en cas de changement de circonstances qui bouleverse les données initiales. Ce changement vient modifier substantiellement et altérer fondamentalement leur équilibre en faisant subir à l'une des parties une rigueur d'exécution injuste et inéquitable⁷⁷¹. La notion d'altération fondamentale, même si elle n'est pas définie par les Principes Unidroit, elle pourrait être comprise comme le soutient la doctrine, lorsque le bouleversement des conditions d'exécution des obligations contractuelles est supérieur à 50 % des données initiales⁷⁷².

426. Avec un exemple illustratif de mise en œuvre de la moralisation des contrats d'affaires, les Principes Unidroit prévoient que le vendeur peut invoquer la clause de *hardship* lorsque l'acheteur, après avoir acheté des stocks de produits électroniques, lui informe que les produits ne lui servent plus à rien. L'acheteur invoque qu'en raison de la guerre en Ukraine, il y avait plus de marchés pour des produits importés de la Russie. C'est une circonstance qui altère fondamentalement la prestation du vendeur en lui faisant perdre sa valeur commerciale sur le marché ukrainien⁷⁷³. La mise en œuvre de la clause de *hardship* permettrait donc de réaménager le résultat contractuel inéquitable créé par les bouleversements en l'espèce. Le bouleversement de l'économie contractuelle survient après la conclusion du contrat, il échappe au contrôle de la partie lésée et l'altération n'était pas raisonnablement prévisible, sinon il y aurait faute de la part de l'acheteur. L'imprévision pourrait à cet égard être invoquée. Ainsi, lorsque le *hardship* est accepté, l'article 6.2.3 invite le juge à « *adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations* »⁷⁷⁴. Il convient donc de relever qu'à travers des critères objectifs, notamment d'équité, de justice contractuelle et de morale, le juge doit, comme il est mentionné dans les commentaires de l'article, procéder à une juste répartition des pertes entre les parties. En rétablissant l'équilibre de l'économie contractuelle, le juge doit veiller à une

⁷⁷¹ Article 6.2.2 des Principes Unidroit : « *il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligation ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et : a) que ces événement sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ; b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ; c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée, et d) que le risque de ces événement n'a pas été assumé par la partie lésée* ».

⁷⁷² V. en ce sens I. CLAEYS, J. ERAUW, M. FONRAINE, *Les principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international (éd 2010) et l'arbitrage, Acte de Colloque du CEPANI du 24 mai 2011*, Bruylant, 2011, p. 104.

⁷⁷³ Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, édition 2016, *op. cit.*, p. 228.

⁷⁷⁴ Article 6.2.3, b) des Principes Unidroit.

répartition équitable entre les parties des frais supplémentaires engendrés par les circonstances imprévues⁷⁷⁵.

Comme nous allons le constater plus loin, la révision du contrat pour imprévision, non expressément acceptée en droit américain, et longtemps rejetée par les tribunaux français, mais aussi sénégalais, est aujourd'hui consacrée dans le nouvel article 1195 du Code civil par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Une codification qui semble s'inspirer des Principes Unidroit parce que présentent des effets similaires.

427. En somme, ces standards d'« avantage excessif » et de « *hardship* » consacrés par les Principes Unidroit sont des concepts fondamentaux qui tendent à la moralisation des contrats du commerce international. Ce sont des dispositions qui symbolisent l'insertion de la morale dans les contrats d'affaires internationales dans l'optique de les rendre économiquement performants.

B- L'appréciation objective du but assigné au contrat

428. Les enjeux économiques des contrats du commerce international pris en compte par les principes Unidroit. Les enjeux économiques sont au cœur des contrats du commerce international. La finalité poursuivie par les Principes Unidroit étant de combler les lacunes des Conventions internationales déjà adoptées et de chercher à ménager autant que possible l'équilibre dans les rapports entre les contractants⁷⁷⁶. En effet, comme le souligne le Professeur É Loquin, « *la recherche de la satisfaction des intérêts du commerce international a conditionné un droit matériel du commerce international tourné vers la recherche de l'utile de telle sorte que ses solutions se distinguent spectaculairement de celles données par les droits nationaux* »⁷⁷⁷. L'objectif est de soumettre les contrats du commerce international à des normes qui permettent d'optimiser leurs effets économiques. Ainsi, la référence à la notion de « but du contrat » dans les Principes Unidroit illustre l'influence de l'analyse économique du contrat sur les relations d'affaires. Il faut y voir une illustration de plus du souci de pragmatisme et de performance économique qui domine les contrats du commerce international. La référence au « but du contrat » dans les Principes Unidroit dans le cadre de l'appréciation de l'équilibre de la relation contractuelle est par nature le produit de la prise en compte des intérêts économiques

⁷⁷⁵ K. I. AGBAM, *Le contrat face à l'imprévision dans les pays francophones d'Afrique subsaharienne : essai d'une analyse normative socio-économique*, op. cit., p. 207.

⁷⁷⁶ J. HUET, « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes d'Unidroit : une nouvelle *lex mercatoria* », op. cit.

⁷⁷⁷ É. LOQUIN, « Règles matérielles du commerce international et droit économique », op. cit.

des parties. Donc, assurer le « but du contrat », c'est au préalable éviter que les relations du commerce international soient remises en cause en garantissant leur stabilité et leur équilibre. À cet égard, les Principes Unidroit réalisent cet objectif aux moyens de différents principes qui constituent le pilier de relations d'affaires internationales. Les contrats du commerce international sont fondés sur le principe de bonne foi, considéré comme un principe fondamental de sécurisation des intérêts économiques des parties au contrat.

429. La récurrence des critères économiques dans l'appréciation de l'équilibre contractuel en droit des contrats du commerce international. Le terme « but du contrat » est utilisé plusieurs fois dans les Principes Unidroit. Il est utilisé comme un terme de référence de l'équilibre du contrat en appréciant celui-ci par le but assigné à la relation contractuelle. À cet effet, l'article 3.2.7 des Principes Unidroit qui permet à l'une des parties d'invoquer la nullité du contrat ou de l'une de ses clauses en cas de lésion pour avantage excessif qui est injustement accordé à l'autre partie invite le juge ou l'arbitre à prendre, notamment en considération, la nature et le but du contrat⁷⁷⁸. En faisant référence au but du contrat, cela pourrait être appréhendé comme une exigence d'interprétation objective du contrat. En effet, la notion de « but du contrat » renvoie aux objectifs explicites ou implicites poursuivis par les parties en s'engageant dans la relation contractuelle. Le but d'un contrat synallagmatique à titre onéreux, à l'exemple du contrat de vente de marchandises, ne sera pas le même que celui d'un contrat unilatéral à titre gratuit, à l'exemple du contrat de prêt à usage. En utilisant de façon récurrente la notion de but comme une notion-cadre qui renvoie à la nature objective du contrat, les Principes Unidroit ne semblent pas privilégier l'analyse subjective du but poursuivi par les parties⁷⁷⁹. La notion de « but du contrat » employée par les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international renvoie au but objectif du contrat. C'est donc le résultat immédiat poursuivi par les parties au contrat et qui découle de la nature du contrat conclu. Dans les contrats de vente de marchandises, le but du contrat pour le vendeur est de transférer la propriété de la chose moyennant le paiement du prix par l'acheteur. Ainsi, les motifs lointains de l'engagement des parties qui n'entre pas dans le champ contractuel ne sont pas pris en compte.

430. L'édiction d'une obligation de moyen par la référence au « but du contrat ». Propre à la matière contractuelle, l'obligation de moyen est définie comme l'obligation mise à

⁷⁷⁸ Article 3.2.7., b) des Principes Unidroit.

⁷⁷⁹ F. JACOMINO, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence*, op. cit., p. 307.

la charge des contractants à mettre en œuvre les moyens dont ils disposent pour parvenir à un résultat. Dans cette hypothèse, le débiteur de l'obligation doit agir en toute bonne foi et avec diligence afin de parvenir à un résultat. Les moyens mis en œuvre seront appréciés *in abstracto* en se référant aux standards juridiques de « bonne foi » et de « *due diligence* ». Par analogie, dans les contrats du commerce international, les contractants semblent tenus d'une telle obligation de moyens. La notion de « but du contrat » est très présente dans les Principes Unidroit, dans les cas d'interprétation de la volonté des parties⁷⁸⁰ pour trouver l'intention commune, leurs obligations implicites⁷⁸¹ ou le caractère d'avantage excessif⁷⁸² injustifié qui crée une inégalité entre les obligations des parties. Il est évident que, lorsque des parties s'engagent dans une relation contractuelle internationale, même si le résultat escompté est totalement aléatoire, elles s'engagent à employer les meilleurs moyens en vue d'atteindre ce résultat. La recherche objective de l'équilibre contractuelle est subordonnée à la nécessité de parvenir au but poursuivi par le contrat. L'idée est que le but du contrat est atteint lorsqu'il est équilibré. Ce but du contrat résulte des prestations auxquelles les parties au contrat se sont mutuellement obligées, expressément ou implicitement, reporté dans les stipulations contractuelles par lesquelles le contrat du commerce international est organisé. De ce fait, le respect des standards de « bonne foi » et de « *due diligence* » pour atteindre le but du contrat poursuivi est une exigence qui touche la crédibilité des engagements et la pérennité des rapports juridiques dans les contrats du commerce international, où la confiance occupe une importante place. Ce type de rapports juridiques se singularisent par une internationalité de la relation⁷⁸³ et une temporalité qui leur est propre. Ainsi, dans un environnement qui requiert performance et efficacité, la dynamisation de l'équilibre contractuel par référence au but du contrat constitue une garantie à la sécurisation des contrats du commerce international.

431. En somme, le « but » est donc une composante du contrat qui sert de référence pour assurer un équilibre à la relation contractuelle. La référence récurrente à la notion de « but du contrat » manifeste l'attachement aux rédacteurs des Principes Unidroit, à la nécessité de préserver l'équilibre contractuel dans les contrats du commerce international.

⁷⁸⁰ Article 4.3, d) qui pose les éléments à prendre en compte pour l'interprétation des articles 4.1 et 4.2 ; 4.8, 2), b) des Principes Unidroit

⁷⁸¹ Article 5.1.2, a) des Principes Unidroit.

⁷⁸² Article 3.2.7, 1), b) des Principes Unidroit.

⁷⁸³ É. LOQUIN, « Règles matérielles du commerce international et droit économique », *op. cit.*

432. Conclusion de la section 2. Le travail de moralisation des contrats d'affaires, imprégné par la CVIM et les principes Unidroit, visait à établir des règles matérielles, des principes et des standards de droit uniforme. Ces éléments vont permettre de favoriser l'émergence d'un droit des contrats d'affaires cohérent, lisible, facteur d'unité, de simplicité, qui sont les pièces essentielles de sécurité juridique, d'équilibre contractuel et de performance économique. Dans cette dynamique, ce sont les méthodes de standardisation et de contractualisation des instruments de moralisation des contrats d'affaires qui sont employées. Tout d'abord, dans la CVIM, dont les normes sont décrites comme flexibles, souples et adaptables, les standards de bonne foi et du raisonnable, empreints d'exigences éthiques, serviront de fils conducteurs pour atteindre les objectifs de rationalité et d'efficacité économique des contrats d'affaires internationaux. Ensuite, dans les Principes Unidroit en tant qu'instrument de la *soft law* sans force contraignante, on s'aperçoit, par le biais de la contractualisation, que c'est un outil qui réalise une certaine harmonisation du droit appliqué aux contrats du commerce international, tendant à l'élaboration d'un droit commun des contrats d'affaires. En résumé, à travers la volonté manifestée de moraliser des contrats d'affaires, des instruments dogmatiques, tels que la notion d'« avantage excessif », de clause de « *hardship* », de « but du contrat » ou de finalité poursuivie, ont été développés pour favoriser l'équilibre et la performance des contrats d'affaires internationales.

433. Ainsi, l'utilisation de standards et de principes généraux dans les contrats du commerce international favorise la logique de leur régulation. Dans les contrats d'affaires internationales, leur utilisation semble plus efficace et leur conception beaucoup plus intense.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

434. Un mouvement de syncrétisme juridique dans l'ordre juridique international.

L'analyse des différentes règles de droit international, européen et africain, enseigne, compte tenu du mouvement de mondialisation des activités économiques, une mise en œuvre différenciée dans le processus de la moralisation des contrats d'affaires. Cette approche vise à promouvoir l'émergence de règles flexibles et rationnelles dans une dynamique de l'union de marchés économiquement performants. En raison de l'incapacité des systèmes juridiques nationaux à régler efficacement les exigences en matière de justice contractuelle, il est devenu nécessaire, d'une part, d'harmoniser les règles juridiques des différents États pour favoriser l'efficacité des transactions internationales, et d'autre part, de créer un droit unifié. Toutefois, ce renouvellement du système normatif du droit international des contrats d'affaires semble se faire dans le désordre. L'éclosion des outils de moralisation des contrats d'affaires jaillit de façon dispersée dans des instruments juridiques, tels que la CVIM, les Principes Unidroit, les Principes européens du droit des contrats, les Actes uniformes du droit OHADA.

435. En effet, nous avons constaté que, face aux bouleversements des activités économiques internationales qui découlent de la mondialisation, cela s'est traduit par une accélération des modes de création du droit international économique. Cette nouvelle forme normative a été élaborée au fur et à mesure de l'identification des besoins spécifiques qui découlent des contrats d'affaires internationaux, consistant à utiliser des instruments juridiques adaptés. L'efficacité de ces derniers se mesure ici en fonction, notamment de leur possibilité à assurer aux contrats internationaux, une sécurité juridique essentielle pour les parties, une justice contractuelle, ainsi que l'impératif d'une utilité concrète et réciproque du contrat pour les contractants. On s'aperçoit que la transformation contemporaine de la régulation des relations économiques internationales reflète ces aspirations qui tendent à la recherche d'une plus grande égalité entre contractants et un équilibre au nom de la justice commutative.

436. Il faut bien se rendre à l'évidence que l'approche économique du contrat d'affaires est l'un des pans du mouvement d'uniformisation et d'harmonisation des règles matérielles des rapports juridiques internationaux. L'objectif de ce mouvement est de proposer des règles juridiques qui tendent à une moralisation des relations contractuelles, considérées comme les plus adéquates et jugées légitimes dans le monde des affaires internationales. En effet, dans ce milieu, il est essentiel de faciliter la conclusion et l'exécution des rapports juridiques en insérant des instruments juridiques souples, flexibles et adaptables dans les règles du droit international

économique. Ainsi, la volonté de libéraliser les échanges dans un marché mondialisé et d'uniformiser les règles du droit international des activités économiques ne se limite pas un simple ajustement des droits nationaux. Cela passe élégamment par la mise en place de vastes structures internationales qui se sont relayées aux droits étatiques dans l'élaboration d'un droit international exprimant la réalité économique des contrats d'affaires internationaux.

437. L'intérêt de l'uniformisation du droit des affaires. En définitive, le mouvement d'uniformisation du droit des affaires pourrait être une solution pour maîtriser les risques d'inflation législative, c'est-à-dire de prolifération inutile des normes contractuelles, accentuée par le besoin des États de moderniser à chaque fois leurs lois face aux évolutions incessantes des pratiques contractuelles. L'uniformisation du droit des affaires est un vecteur de la convergence juridique, économique et sociale, laquelle est essentielle à la consolidation d'un droit de qualité, accessible, cohérent, intelligible, efficient, prévisible et stable. Ce sont des exigences de sécurité juridique qui sont la colonne vertébrale d'un environnement juridique de confiance indispensable au bon fonctionnement des activités économiques.

CONCLUSION DU TITRE DEUXIÈME

437. Dans une approche analytique de la mise en œuvre différenciée des instruments transdisciplinaires et internationaux de la moralisation des contrats d'affaires, après avoir évoqué dans le précédent titre que l'un des objectifs de ce nouveau phénomène est d'assurer des relations contractuelles « justes et utiles », nous avons vu dans ce présent titre que la quête de performance économique des contrats d'affaires, de sécurité juridique et de l'attractivité juridique sont les autres éléments de la fondation de base qui vient se grever à l'édifice qui est en train de se construire. Dans l'examen de l'existence matérielle du processus juridique de moralisation de la pratique contractuelle en rendant flexibles les principes qui la gouvernent, nous avons constaté que l'approche réaliste du contrat prône l'idée de performance économique dans les contrats d'affaires et d'attractivité juridique. Celles-ci comme raison légitime de la moralisation des contrats d'affaires ont fortement pénétré la loi contractuelle et prennent une place considérable au sein des relations d'affaires. Elle apparaît en effet comme un enjeu pris en compte par les règles matérielles de plusieurs branches du droit relatives à la matière contractuelle, mais également par les instruments du droit international économique.

438. Au titre de la dynamique transdisciplinaire de moralisation des contrats d'affaires développée dans le premier chapitre, nous avons étudié le droit commun et le droit spécial des contrats, puis les outils technologiques qui innervent la pratique contractuelle. Le constat est qu'ils ont tous introduit des intensités différentes de moralité relationnelle, d'altruisme et de dépassement de l'égoïsme pour favoriser la performance économique du contrat et l'attractivité juridique par la garantie d'une sécurité juridique.

Le droit commun des contrats a connu une généralisation des devoirs contractuels, tels que l'obligation d'information et la bonne foi qui jouent un rôle essentiel dans la garantie de l'équilibre contractuelle, lequel semble concerner au premier chef la performance économique inhérente à la spécificité des contrats d'affaires, à l'exemple du contrat de concession, du contrat de sous-traitance ou du contrat de franchise. Outre, l'intégration de la performance économique dans le champ des vices du consentement à travers la reconnaissance de l'erreur sur la rentabilité économique au sein des contrats d'affaires, laquelle sera appréciée sur le fondement de l'erreur sur les qualités substantielles du contrat.

Tandis que, dans le droit spécial, le droit *antitrust* à connotation économique par excellence a été irrigué par l'analyse de la performance économique, mais aussi d'attractivité juridique. Chaque étape de modernisation du droit de la concurrence, à travers les différentes réformes entreprises, a permis d'intégrer une approche plus morale et plus économique dans

les règles du droit de la concurrence. En revanche, la mise en œuvre des règles du droit *antitrust* de moralisation des contrats d'affaires dans les trois systèmes juridiques étudiés est marquée par une divergence, d'une part, des étendues juridiques de ses outils, et d'autre part, des mécanismes de contrôle de l'exigence de performance dans les accords de distribution qui ont servi d'illustration.

Tout comme les instruments du droit commun et du droit spécial, dans la branche du numérique, grâce aux avancées technologiques, nous avons pu relever que *blockchains* et *smart contracts* permettent de faire évoluer le modèle classique de la pratique contractuelle en contribuant à son perfectionnement. En cherchant à rendre plus « smart » l'exécution des relations contractuelles dans le monde des affaires, ces outils visent à assurer une prise en compte effective des intérêts économiques des contractants. Ils sont donc intégrés à la pratique contractuelle. Ainsi, malgré l'insécurité juridique qu'ils peuvent présenter, se servir des *blockchains* et des *smart contracts* dans les contrats d'affaires peut être vu comme une mise en œuvre contemporaine de la volonté de rendre les contrats d'affaires performants.

439. Au titre de la dynamique internationale de moralisation des contrats d'affaires que nous avons examiné dans le second chapitre, nous avons relevé que la mondialisation des activités économiques a ouvert les portes à la création d'un espace juridique globalisé par le mécanisme d'uniformisation ou d'harmonisation du droit international économique. Divers règles, principes et standards juridiques ont émergé face à l'insuffisance des droits nationaux à donner un cadre juridique favorable à l'efficacité économique des contrats d'affaires internationaux. Ainsi, dans un espace économique mondialisé, nous avons constaté que, face à des opérateurs économiques qui ont eu besoin d'un renouveau des règles qui régissent leurs rapports juridiques, le droit uniforme contractuel a semblé être l'instrument juridique apportant de la sécurité juridique et de l'efficacité des contrats du commerce international.

Le principal objectif qui semble justifier l'uniformisation du droit international économique est celui de la poursuite des impératifs de performance économique, d'efficacité du droit et de facilitation des affaires. Parmi les organisations gouvernementales et non gouvernementales ayant contribué à relever ce défi d'harmonisation ou d'uniformisation des règles matérielles des contrats internationaux, on a examiné le droit européen, le droit OHADA, la CVIM et les Principes Unidroit. Tous ces systèmes accordent une place importante à la moralisation des contrats d'affaires, motivée par les besoins de performance économique des contrats du commerce international. Ces organisations s'inspirent les uns des autres et les

instruments juridiques utilisés pour atteindre ces objectifs, malgré une part de spécificité, sont souvent similaires, créant ainsi un sentiment de désordre face à l'élaboration de divers instruments juridiques qui ont une inclinaison à consacrer des normes éthiques, tels que la bonne foi, le raisonnable, l'avantage excessif, le *hardship* qui jaillissent de tout bord. On s'aperçoit donc du recours fréquent de terminologies juridiques indéterminées et sans définitions précises, malgré tout nécessaires dans le monde des contrats d'affaires internationaux, dès lors que l'objectif est de rendre les règles matérielles adaptables aux circonstances et permettre la mesure des situations juridiques et des comportements des parties en termes de normalité. La flexibilité, l'adaptabilité et la souplesse de ces instruments contribuent notablement au maintien de l'équilibre contractuel dans les contrats d'affaires internationaux et sont plus conformes aux réalités pratiques.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

440. Conclusion partie 1 relative aux instruments spécifiques de la moralisation des contrats d'affaires. Si nous faisons le bilan après cette première partie, l'étude comparée des marqueurs spécifiques de la moralisation des contrats d'affaires et de la mise en œuvre différenciée des marqueurs transdisciplinaires et internationaux de la moralisation des contrats d'affaires, a relevé un mouvement de renouvellement des fondements du contrat. En effet, l'évolution de la pratique contractuelle a favorisé l'émergence de nouveaux principes soumis à l'intérêt général, incitant à dépasser la conception individualiste du contrat. Ainsi, il apparaît que la bonne foi consacrée comme principe général en droit français, la cause qui est une condition de validité du contrat en droit sénégalais et le « *raisonnable* » qui est un standard d'appréciation de l'existence du contrat en droit américain sont des instruments qui intègrent dans les contrats d'affaires une certaine morale et y poseraient des limites à la liberté contractuelle. Au nom de la moralisation des contrats d'affaires, plusieurs principes et règles qui ont longtemps gouverné le droit des contrats ont été bouleversés. Le phénomène de moralisation des contrats d'affaires se manifeste partout, même au sein des instruments de l'ordre juridique international, en raison notamment de la mondialisation des activités économiques.

441. Bien que le droit des contrats d'affaires ne soit pas encore en mesure de saisir le phénomène de moralisation en raison de l'absence de reconnaissance explicite du lien entre le droit des obligations et la morale, il est juste de constater que l'idée de soumettre le comportement des parties à des règles éthiques a déjà fait son chemin dans l'esprit de nombreuses législations, en particulier en droit français, sénégalais et américain. Il faut sans doute se féliciter de l'expansion des obligations morales dans les contrats d'affaires, dès lors que les principes directeurs traditionnels continuent d'exercer une influence sur la vie du contrat. À cet égard, la bonne foi, la cause, le raisonnable apparaissent donc comme des normes morales qui permettent d'obtenir des résultats plus valables que ceux obtenus par application stricte de la règle de droit. En effet, leur utilisation permet de fonder des jugements de valeur sur le comportement auxquels les parties sont plus sensibles.

442. En somme, l'étude successive des valeurs de moralité et d'efficience contractuelle a mis en lumière le phénomène de moralisation des contrats d'affaires à l'œuvre dans les trois systèmes juridiques considérés. L'idée de faire émerger des théories à connotation morale visant à réguler les comportements n'a pas épargné le droit des contrats d'affaires. La

conception du contrat a été repensée et n'est pas jadis ce qu'il était avant. Toutefois, si le droit français et le droit américain sont remarquablement influencés par l'incursion des valeurs d'ordre éthique dans le droit des contrats d'affaires, a contrario, le droit sénégalais interne des contrats est resté moins sensible. Sa progression dans ce processus de moralisation est au ralenti, même si le droit OHADA, qui intègre l'ordonnancement juridique de ses États membres, dont le Sénégal, est sur cette lancée.

Après l'examen des tendances contemporaines du droit des contrats, notre première partie a permis de mettre en lumière un processus hétérogène de la moralisation des contrats d'affaires au sein des trois systèmes juridiques étudiés. Cela nous a permis de nous rendre à l'évidence que des exigences éthiques irriguent la légistique des contrats d'affaires. Elle est aujourd'hui faite de manière plus structurée avec des outils bien délimités et encadrés par des textes du droit interne ou du droit uniforme, permettant avec plus de prévisibilité de garantir la sécurité juridique des contrats d'affaires. Il reste désormais à procéder à l'analyse des instruments communs de la moralisation des contrats d'affaires et à examiner les raisons légitimes de cette dynamique.

DEUXIÈME PARTIE :

VERS DES OUTILS COMMUNS DE MORALISATION DES CONTRATS D’AFFAIRES EN DROIT FRANÇAIS, SÉNÉGALAIS ET AMÉRICAIN

443. Identification des instruments communs de la moralisation des contrats d'affaires. En examinant le fond et le tréfonds des dispositifs juridiques, la doctrine contractuelle et la jurisprudence des trois systèmes juridiques étudiés dans la première partie, nous avons identifié les outils et les mécanismes spécifiques utilisés qui font apparaître les premiers éléments de comparaison, permettant incontestablement de mettre en lumière le processus de moralisation des contrats d'affaires. Ainsi, le XXI^e siècle est sans doute l'époque à laquelle le mouvement de moralisation des contrats d'affaires a connu, après son avènement débridé au XX^e siècle, une réelle prescription, délimitation et encadrement des valeurs destinées à orienter le comportement des contractants afin de garantir l'équilibre des rapports juridiques et la justice contractuelle. Dans cette deuxième partie, nous allons nous intéresser aux instruments communs de moralisation des contrats d'affaires. Plus concrètement, depuis plusieurs décennies, en droit français, en droit sénégalais comme en droit américain, malgré la différence de culture juridique et politique entre pays de tradition civiliste et pays de tradition de *common law*, un rapprochement est en train de se construire sur les raisons qui justifient le besoin de moralisation du droit commun du contrat en général, et du droit des contrats d'affaires en particulier. Ainsi, les mêmes instruments seront utilisés dans le processus de la moralisation des contrats d'affaires.

444. Un triptyque de moralisation semblable, mais comparable. Le droit français, le droit sénégalais et le droit américain connaissent des mécanismes similaires qui permettent de concrétiser le processus de moralisation des contrats d'affaires à travers trois instruments : la *compliance*, le principe d'équité et la justice contractuelle. Il existe dans ces trois systèmes juridiques étudiés plusieurs leviers communs visant à préserver les contrats d'affaires à une certaine conformité à la morale. En effet, la moralisation des contrats d'affaires s'est accentuée, d'une part, par le développement globalisé de nouvelles obligations de *compliance*, et d'autre part, par instauration d'« un nouvel ordre contractuel »⁷⁸⁴, favorisant l'émergence de nouveaux principes et fondements du contrat qui garantissent la réduction des inégalités contractuelles, tous réceptionnés par les trois systèmes juridiques.

⁷⁸⁴ D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003.

445. Un contrôle semblable des inégalités contractuelles par la conciliation de l'autonomie de la volonté et des concepts d'éthicisation des relations contractuelles répondant à des logiques *a priori* antagonistes. Pendant longtemps, pour des raisons de sécurité juridique, malgré le constat qui pouvait souvent être fait sur l'égalité fictive des parties au contrat, lequel n'est pas souvent le fruit d'une libre négociation, il fallait continuer à « *faire comme si le contrat avait été librement conclu et égalitairement composé* »⁷⁸⁵. Mais aujourd'hui, une telle conception du contrat est réfutée par la doctrine⁷⁸⁶, la jurisprudence et le législateur qui défendent un rééquilibrage des inégalités contractuelles en luttant contre les abus manifestes, d'une part, et en sanctionnant les principaux déséquilibres créés par l'usage illicite des prérogatives contractuelles, d'autre part⁷⁸⁷. Ainsi, pour réussir à renouveler la conception classique du contrat qui accorde une primauté à l'autonomie de la volonté, la nécessité de ne pas dissocier les exigences éthiques du droit des contrats d'affaires est très vite apparue, même si la morale n'y avait pas bonne presse. Selon l'auteur, « *se forme ainsi une nouvelle conception du contrat, instrument de coopération, havre de fraternité, rencontre de deux intérêts communs qui coopèrent, sans plus s'épuiser l'un contre l'autre* »⁷⁸⁸. Le défi est de taille lorsqu'on prend conscience que la conception du droit du contrat a longtemps été gouvernée par le paradigme de l'autonomie de la volonté qui fonde l'égalité des parties et l'équilibre du contrat.

446. Plan. Le rapprochement des instruments de moralisation des contrats d'affaires. Afin de bien cerner l'accentuation du processus de la moralisation des contrats d'affaires, il faut impérativement appréhender, d'une part, le déploiement globalisé de la *compliance* (**Partie 1**), d'autre part, en raison de l'évolution des fondements du contrat, les leviers similaires pour une réduction des inégalités contractuelles (**Partie 2**).

⁷⁸⁵ J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, P.U.F., 1986, p. 46.

⁷⁸⁶ V°. notamment, J. FLOUR et J.L. AUBERT, Les obligations : l'acte juridique, n° 72 et suiv. ; E. GOUMOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme*, Thèse Dijon 1912 ; G. RIPERT, La règle morale dans les obligations, *op. cit.* ; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, P.U.F., 1980 ; J. GHESTIN, « La formation du contrat », in *Traité de droit civil*, LGDJ, 1993, n° 25 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil – Obligations*, t. 2, vol. 1, 9^{ème} éd. par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 101 et s. ; M. N. DIATTA, *Le juge et le contrat : étude comparative des droits français et sénégalais*, Thèse Droit, Perpignan, 2022.

⁷⁸⁷ J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, *op. cit.* p. 46.

⁷⁸⁸ M.-A. FRISON-ROCHE « Volonté et obligation », in *Archive de Philosophie du Droit* 44, 2000, p. 37, n° 36 ; V. également en ce sens, D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle », *op. cit.*

TITRE PREMIER : LE DÉPLOIEMENT GLOBALISÉ DE LA COMPLIANCE AU SERVICE DE LA MORALISATION DES CONTRATS D'AFFAIRES

447. La *compliance* : un instrument commun de force inégale au service de la moralisation des contrats d'affaires. Il n'y a jamais eu d'instruments juridiques aussi puissants que la *compliance* qui a émergé en si peu de temps comme un phénomène juridique et qui a progressivement été institutionnalisée comme méthode de régulation de l'activité économique. Une pratique encore peu explorée il y a quelques décennies, la *compliance* trouve de plus en plus d'intérêt aux yeux de la doctrine, des législations et des juridictions. Principalement liée au phénomène de la mondialisation des activités économiques, la *compliance* s'est d'abord développée dans le secteur bancaire et financier à partir de la fin du XX^e siècle, avant d'être transposée dans tous les secteurs du monde économique. Elle a tout d'abord acclimaté les théories de l'économie bancaire et financière avec la *hard law* comme le prouvent la loi *Sarbanes-Oxley*⁷⁸⁹ de 2002 aux États-Unis relative à la transparence et la loi *Dodd-Frank* de 2012, la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 en France relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux provenant du trafic des stupéfiants, ou même l'ancienne loi n° 2004-09 du 6 février 2004 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux au Sénégal. Très récemment, la loi « Sapin 2 » de 2016 et la loi de vigilance de 2017. Elle s'est ensuite développée dans le domaine du droit des contrats d'affaires, notamment dans la lutte contre la corruption, ou pour garantir la protection des données à caractère personnelles, qualifiées de « *buts monumentaux* » par la Professeure M.-A. Frison-Roche⁷⁹⁰.

Au niveau international, le paysage juridique en matière de lutte anticorruption a récemment connu un tournant important. En effet, lors de la cinquante-neuvième session de l'Assemblée générale des Nations Unies qui s'est tenue du 16 juin au 9 juillet 2025, le Conseil des droits de l'homme a adopté le projet de résolution *A/HRC/59/L.6*. Ce texte, intitulé « *L'impact négatif de la corruption sur la jouissance des droits de l'homme* », reconnaît que la corruption peut porter atteinte aux droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, c'est-à-dire une violation des droits de l'homme. Parmi les recommandations, elle appelle les États à protéger les acteurs qui se sont engagés dans la lutte contre la corruption, à l'exemple des lanceurs d'alerte et des juges. Le législateur sénégalais n'a pas attendu trop longtemps pour adopter la loi n° 2025-14 du 4 septembre 2025 portant sur la protection des lanceurs d'alerte.

⁷⁸⁹ La loi *Sarbanes Oxley*, dite loi SOX a été adoptée en juillet 2002 par le congrès américain en réponse aux scandales financiers à répétition, notamment Enron, Tyco International ou encore WorldCom.

⁷⁹⁰ M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, coll. "Régulation & Compliance", Journal of Régulation & Compliance (JoRC) et Dalloz, 2022.

Dans ce contexte, ce qui fait la particularité de la *compliance*, c'est qu'elle n'a pas encore d'assise textuelle formelle, en conséquence de quoi, elle apparaît substantiellement dans plusieurs branches du droit, sans être formellement la propriété d'aucune d'entre elles⁷⁹¹. Sa prégnance n'a pas laissé indifférents les systèmes juridiques étudiés qui devaient réagir face aux innombrables bouleversements de la vie des affaires, en prônant l'éthique des affaires dans des textes de *soft law* obligatoires, adoptés dans l'objectif de développer la *compliance*.

448. Face à un secteur économique porteur de risques, il est apparu nécessaire à travers le droit de la *compliance* d'intégrer dans les contrats d'affaires des mesures de contrôle et d'autocontrôle avec l'objectif de protéger les atteintes graves de l'activité économique. En balancier du mouvement de globalisation de l'économie et du commerce qui s'est accompagné d'une hausse notoire des infractions économiques, un mouvement global de régulation s'est développé. Pour le Professeur A. Supiot, on passe « *d'un phénomène de globalisation incontrôlé à un processus de mondialisation régulé* »⁷⁹². Le paradigme de prévention et de détection des comportements illégaux est devenu un phénomène de société qui se manifeste, tout d'abord par des démarches de type éthique, puis se définit par des règles opératoires.

449. Les contrats d'affaires, objet de la *compliance*. Au-delà des nouvelles obligations légales qu'elle fait émerger, la mise en place de mesures de *compliance* au sein des contrats d'affaires permet de renforcer les exigences éthiques pour répondre aux nouveaux objectifs systémiques de réalisation des « buts monumentaux ». La *compliance*, au regard de sa définition, s'intéresse aux comportements des entreprises dans le cadre de ses activités. Au sein du secteur des contrats d'affaires sur lequel porte notre étude, la *compliance* a pour principal objectif de prévenir le risque d'infraction des règles juridiques et éthiques qui s'appliquent aux parties dans le cadre des relations contractuelles. Pour une première appréhension, elle est définie comme « *un ensemble des processus qui permettent d'assurer la conformité des comportements de l'entreprise, de ses dirigeants et de ses salariés aux normes juridiques et éthiques qui lui sont applicables* »⁷⁹³ ou « *l'expression de volonté des pouvoirs publics d'imposer des règles dont ils n'ont pas la force d'assurer l'effectivité* »⁷⁹⁴. Pour certains auteurs, c'est un processus consistant en « *la mise en place, la documentation et la justification régulière*

⁷⁹¹ M.-A. FRISON-ROCHE, « L'aventure de la compliance », *D.*, 2020, pp. 1805-1806.

⁷⁹² A. SUPIOT, *L'entreprise dans un monde sans frontières, perspectives économiques et juridiques*, A. Supiot (dir.), Paris : Dalloz, coll. Les sens du droit, 2015, p. 14.

⁷⁹³ Définition reprise par A. GAUDEMET, « Introduction » in A. Gaudemet (dir.), *La compliance : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit*, éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 9-14, spéc. p. 9, citer par S. LACROIX - DE SOUSA (S. L.), « Les sociétés face au RGPD : les enjeux de la *compliance*, Revue des sociétés, p. 351.

⁷⁹⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, *Le droit de la compliance*, Dalloz, 2016, 1871.

de la conformité aux normes dans différents domaines du droit, en particulier ceux qui sont soumis à une régulation spécifique ou à une surveillance des risques (fraude et corruption, questions éthiques, sécurité physique ou informationnelle, etc.) »⁷⁹⁵. Si nous rassemblons ses définitions parce que prises séparément, chacune d'entre elles est restrictive, la conception de la *compliance*, dont l'objectif premier fondant ses instruments est de prévenir la violation du droit, se concrétise grâce à un triptyque : *l'incitation par l'octroi d'un caractère contraignant à la compliance, l'auto-régulation par l'appropriation sociétale des obligations de compliance et la justification de l'effectivité et de l'efficacité du respect des obligations de compliance*.

450. Distinction entre la notion de conformité et le Droit de la *compliance*. D'origine américaine, sa traduction restrictive la rapproche de la notion de « conformité »⁷⁹⁶. Ne pas les distinguer serait une confusion dommageable. En effet, la conformité doit être distinguée du Droit de la *compliance*, parce que la première est appréhendée comme un outil du deuxième qui sert de levier pour obliger les acteurs économiques à s'assurer de l'obéissance active à toutes les réglementations qui leur sont applicables⁷⁹⁷. Le Droit de la *compliance* qui est construit dans les « buts monumentaux » sur lesquels il faut tendre est une branche du droit qui développe des principes qui fondent sa particularité par rapport aux autres branches du droit afin de désigner des sujets de droit en position favorable d'agir pour l'atteinte effective de ces buts⁷⁹⁸. La conformité serait donc une obéissance spontanée à toute la réglementation, alors que la *compliance* serait une obéissance imposée à un nombre de réglementations qui s'appliquent aux sujets de droit désignés par les autorités politiques et publiques.

451. Plan. La *compliance* appartient au monde des activités économiques et veut désormais contribuer à leur bonne conduite en instaurant des règles de comportements vertueux et « un jeu sain du partenariat et de la coopération »⁷⁹⁹. Elle est avant tout une règle juridique internationale qui s'applique en harmonie et de façon uniforme à tous les États membres d'organismes internationaux l'ayant adopté. La réception de la *compliance* dans le droit des contrats d'affaires français (**chapitre 1**), son émergence en droit des contrats d'affaires sénégalais (**chapitre 2**) et son ancrage en droit des contrats d'affaires américain (**chapitre 3**) seront ainsi étudiés successivement.

⁷⁹⁵ L.-M. AUGAGNEUR, « La *compliance* a-t-elle une valeur ? », *JCP E*, n° 40, 5 oct. 2017, p. 1522.

⁷⁹⁶ *Ibid.*

⁷⁹⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « Compliance et conformité : les distinguer pour les articuler », *D.*, 2024, 497.

⁷⁹⁸ *Ibid.*

⁷⁹⁹ D. DEDIEU, « Obligations et responsabilité des dirigeants dans le cadre des exigences de *compliance* en droit français », *BJS* mars 2018, n°117k6, p. 173.

Chapitre 1 : La réception de la *compliance* pour moraliser les contrats d'affaires en droit français

452. Le déploiement de la *compliance* en droit français. Le droit français est resté longtemps hostile à l'idée d'adopter dans sa législation les mécanismes du droit de la *compliance*. Mais, il n'a pas pu résister à l'influence de ses manifestations qui ont « *envahi le droit* »⁸⁰⁰. Depuis quelques années, les pratiques de *compliance* ont donné lieu à des législations et ont suscité en doctrine des études approfondies. L'édifice qui s'est construit autour de la *compliance* semble répondre à un besoin et à un souci de moralisation des contrats d'affaires. Ainsi, sous l'influence de la réglementation internationale en général, et européenne en particulier, le droit français de la *compliance* s'est enrichi en adoptant, sur initiative des pouvoirs publics, des règles juridiques et des standards internationaux. Cette évolution est marquée par l'adoption de la réglementation relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Un peu plus tardive, intervient celle relative à la lutte contre la corruption qui opère une évolution radicale du droit français de la *compliance* avec la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite loi « Sapin 2 ». Son évolution en droit français sera confirmée par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017, dite « loi Vigilance », qui met à la charge des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre un certain nombre d'obligations qui rendent les multinationales responsables de la conformité de leurs partenaires commerciaux. Mais également par le récent texte normatif de lutte contre le narcotrafic, la loi n° 2025-532 du 14 juin 2025 visant notamment à renforcer la lutte contre le blanchiment.

453. Plan. Prolongement du droit de la régulation⁸⁰¹, le droit de la *compliance* aurait notamment pour objectif, par la prévention des risques systémiques, de construire et de maintenir un équilibre entre les intérêts économiques des acteurs économiques et les attentes sociétales souvent dictés ou non par des contraintes légales. Pour pallier l'inefficacité de l'intervention « *ex post* » de contrôle des comportements qui porte atteinte aux valeurs fondamentales, les pouvoirs publics à travers la *compliance* ont trouvé une nouvelle alternative d'intervention. La méthode de contrôle des comportements proscrits dans le monde des affaires a été changée. L'idée est de responsabiliser, en termes de prévention, les parties au contrat

⁸⁰⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, *Le droit de la compliance*, op. cit.

⁸⁰¹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Approche juridique des outils de la compliance. Construire juridiquement l'unité des outils de la compliance à partir de la définition du droit de la compliance par ses « buts monumentaux » », in *Les outils de la compliance*, M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Dalloz 2021, p. 27.

d'affaires en mettant à leur charge de nouvelles obligations d'ordre éthique (**section 1**), ce qui a permis de renforcer le contrôle de conformité des contrats d'affaires (**section 2**).

Section 1 : Les obligations nouvelles des parties au contrat d'affaires en droit français

454. La responsabilisation des acteurs économiques par des programmes de *compliance*. Dans tout État de droit, se conformer aux exigences qui découlent des règles juridiques apparaît comme une évidence pour les acteurs économiques. Cette mission sera également attribuée au Droit de la *compliance*. Étrangères à la tradition juridique française, les pratiques de la *compliance*, à l'origine utilisées dans le droit des affaires des systèmes juridiques de *common law*, se sont développées en droit français. L'actualité législative récente semble offrir une belle occasion aux pouvoirs publics de produire des normes éthiques endogènes afin de tendre à l'atteinte des « buts monumentaux ». En effet, à quelques mois d'intervalle, deux lois majeures sont venues renouveler en profondeur le droit français de la *compliance*⁸⁰². Il s'agit tout d'abord de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016⁸⁰³ relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, puis la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres⁸⁰⁴.

455. Plan. Nous proposons, sans prétendre à l'exhaustivité, d'identifier, dans un premier temps, les nouvelles obligations de prévention et de détection des risques issus de la loi « Sapin 2 » (**sous-section 1**), puis, dans un second temps, les obligations de vigilance qui viennent compléter le dispositif du droit de la *compliance* (**sous-section 2**) et qui ont permis d'accentuer le mouvement de la moralisation des contrats d'affaires en droit français.

⁸⁰² K. HAERI, « Une loi partiellement mais sévèrement censurée qui conserve une portée symbolique forte », JPC 2017. 545.

⁸⁰³ V. sur ce texte, E. DUPIC, « La loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 et le dispositif relatif à la transparence et la lutte contre la corruption, *Gaz. Pal.* 13 décembre 2016, p. 10 ; M.-E. BOURSIER, « Loi Sapin II : les entreprises assujetties à un programme de conformité anti-corruption, *JPC E* 2016. 1622 ; J.-M. BRIGANT, « La loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, *JCP* 2017. 3 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Corruption et trafic d'influence : nouvelles mesures applicables aux sociétés, *AJ pénal* 2017, 64 ; *RTD com.* 2017, 101, obs. A. Lecourt.

⁸⁰⁴ V. sur ce texte, S. SCHILLER, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre, JPC 2017. 622.

Sous-section 1 : L'accentuation de la moralisation des contrats d'affaires par le développement des obligations de prévention et de détection des risques

456. La consécration d'un dispositif de prévention et de détection des risques de non-conformité. Le droit de la *compliance* qui induit l'idée d'imposer l'obligation de se soumettre aux réglementations en vigueur pour tendre vers l'atteinte des « buts monumentaux » s'inscrit dans un cadre normatif et sociétal. L'objectif est de concilier performance économique et comportement vertueux dans les contrats d'affaires à travers la mise en place d'un système efficace de veille et de suivi des « buts monumentaux ». Il s'agit, dans une logique de moralisation des activités économiques, de contraindre les acteurs économiques à adopter des comportements vertueux et des démarches cohérentes et efficaces.

457. Plan. Depuis plusieurs années, des normes éthiques essentiellement d'origine privée se sont développées dans le secteur économique. Désormais, en droit français, c'est dans un cadre légal que s'inscrivent les contours des obligations de *compliance* imposées aux opérateurs économiques. Nous allons donc tout d'abord envisager l'étendue (A), ensuite les enjeux (B) des obligations de prévention et de détection de non-conformité.

A- L'étendue des obligations de prévention et de détection des risques

458. Le cadre d'application de la loi « Sapin 2 » en matière de lutte contre la corruption et le trafic d'influence. Dans un monde où l'internationalisation des activités économiques est devenue incontournable, la *compliance* s'est imposée pour permettre une meilleure prévention et gestion des risques de non-conformité aux normes juridiques dans les contrats d'affaires. C'est un impératif, « un droit punitif »⁸⁰⁵ qui entraîne d'importants changements en droit des contrats d'affaires. Les « buts monumentaux négatifs », tels que la corruption, le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, les changements climatiques, *etc.*⁸⁰⁶, sont devenus des enjeux majeurs pour les opérateurs économiques⁸⁰⁷. Ainsi, avec la loi « Sapin 2 », le droit français tente de combler les carences des dispositifs de lutte contre la corruption et le trafic d'influence pour être en harmonie avec les engagements

⁸⁰⁵ C. BALLOT-SQUIRAWSKI, « Regard critique sur le développement d'un droit punitif de la *compliance* », *Dr. pénal* 2020, Étude 22.

⁸⁰⁶ M.-A. FRICHON-ROCHE, « Les Buts Monumentaux, cœur battant du Droit de la *Compliance* », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, coll. « Régulations & Compliance », *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Dalloz, 2022, p. 21-44.

⁸⁰⁷ L. IDOT et C. PRIETO (ss dir.), *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles : Le règlement 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses ?*, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2006.

internationaux en matière de lutte contre la corruption⁸⁰⁸. Elle est déployée autour de trois grands axes d'obligations spéciales qui s'imposent aux opérateurs économiques français de taille significative (au moins 500 salariés et un chiffre d'affaires consolidé supérieur à 100 millions d'euros), excluant *a priori* une certaine catégorie, telles que les TPE et les PME. L'article 17 de ladite loi entrée en vigueur le 1^{er} juin 2017 définit les nouvelles obligations destinées à prévenir et à détecter les faits de corruption et de trafic d'influence.

459. La consécration de nouvelles obligations de prévention des risques de non-conformité pour exprimer une vision de moralisation des contrats d'affaires. La *compliance* est une norme impérative, soumettant les acteurs économiques assujettis dans leurs relations d'affaires, à réaliser un certain nombre d'obligations de nature systémique qui sont définies par les autorités publiques. Aujourd'hui, il faut admettre qu'elle est au cœur de la stratégie de transformation des valeurs éthiques et des principes d'intégrité, exprimant une vision vertueuse des contrats d'affaires. Mais il faut souligner que tout a commencé dans les années 2000, lorsque, sous l'influence de la mouvance des pratiques éthiques développées en droit américain, les opérateurs économiques français se sont emparés de la *compliance* d'initiative en établissant des principes de valeurs et d'intégrité matérialisés dans des codes et chartes éthiques⁸⁰⁹. Toutefois, à la différence d'une règle contraignante, ces derniers, le plus souvent conceptuels, se sont avérés insuffisants pour permettre, en pratique, de contraindre les acteurs économiques à se conformer à des normes juridiques et éthiques strictes avec les résultats attendus par les régulateurs⁸¹⁰. Le dispositif de *compliance* contraignant s'est donc installé, imposant la mise en œuvre des mesures de prévention et de détection des risques de comportements illégaux dans les contrats d'affaires.

460. Dans cette perspective, la loi « sapin 2 », à partir de procédures matérielles et de normes éthiques, développe une culture d'intégrité et de respect des règles de conformité. À titre de prévention des faits de corruption et de trafic d'influence dans les relations d'affaires, la réalisation de ces « buts monumentaux »⁸¹¹ qui étaient exclusivement de la compétence des pouvoirs publics est désormais, sous la supervision de ceux-ci, déléguée à certains acteurs

⁸⁰⁸ Par exemple, la convention anti-corruption de l'OCDE de 1997, la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption de 1998, ainsi que la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003.

⁸⁰⁹ C. DELHAYE, « La *compliance* plus qu'une défense. De l'éthique à la *compliance* », *Journal du management juridique*, n° 69, p. 65.

⁸¹⁰ B. COHANIER, C. R. BEKER, « Le paternalisme comme système de contrôle dans la durée : une approche historique du « Système Michelin », *ACCRA*, vol. 12, n° 3, 2021, p. 38.

⁸¹¹ La notion de « buts monumentaux » renvoie à la lutte contre la corruption, la lutte contre le blanchiment de capitaux, la prévention de la fraude fiscale, le respect des droits humains, *etc.*,

économiques⁸¹². La méthode consiste à soumettre ces derniers à un certain nombre de « mesures et de procédures » qui doivent être déployées en *ex ante*. L'objectif est de permettre une prévention de façon plus efficace de certains comportements en les obligeant à mettre en place un certain nombre de mesures préventives et à justifier leur efficacité, permettant de respecter les normes juridiques et éthiques qui s'appliquent à eux⁸¹³. Pour lutter plus efficacement, il faut anticiper. Ainsi, le point de départ de l'obligation de prévention consiste à établir une cartographie qui permet d'identifier et d'analyser les risques à prescrire et à proscrire qui entrent dans le périmètre du dispositif de *compliance*. C'est un outil de dialogue, de structuration et de management de la politique de *compliance* à adopter⁸¹⁴. Cette logique permet d'en déduire que le texte qui rend obligatoire pour les acteurs économiques qui remplissent le double critère économique et social d'établir plusieurs instruments peut être appréhendé comme un outil de moralisation des activités économiques. Socle du dispositif de *compliance*, d'autres obligations spéciales à connotation éthique détaillées par l'article 17 de loi « Sapin 2 » viennent s'ajouter à la cartographie des risques. Il s'agit :

461. D'« *un code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence (...)* ». Devenu obligatoire pour les acteurs économiques assujettis, le code de conduite a un double objectif de moralisation : d'une part, définir les différents types de comportements à proscrire, et d'autre part, d'illustrer les différents types de comportements à proscrire. Il faut relever que, dans cette dynamique de moralisation des activités économiques, on assiste à l'essor de nouvelles obligations contraignantes qui dépassent les simples engagements volontaires des standards de la *soft law*. En effet, avec le code de conduite, il s'agit de construire des standards de comportements vertueux extra-financiers qui permettent de mener des relations d'affaires de confiance et en toute transparence. Cette considération conforte l'idée selon laquelle le code de conduite bénéficie avec la loi « Sapin 2 » d'une force normative lui permettant d'exprimer « ce qui est injuste et ce qui est juste ». Pour s'en convaincre, il faut se référer à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 mai 2021 qui a considéré que la rupture d'une relation commerciale établie est légitime lorsqu'il y a manquement au code

⁸¹² M.-A. FRISON-ROCHE, « Dessiner les cercles du droit de la compliance », in *Études en l'honneur de Philippe Néau-Leduc, Le juriste dans la cité*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2018, p.483-496.

⁸¹³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le couple *ex ante/ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in *Les engagements dans les systèmes de régulation économique*, Paris, Dalloz, 2006, p. 33-48.

⁸¹⁴ S. DYENS, « La cartographie des risques, outil central de la *compliance* publique », AJCT 2018, 491.

éthique de la centrale de distribution applicable à l'ensemble des fournisseurs⁸¹⁵. Ainsi, en pratique, lorsqu'un partenaire s'engage contractuellement au respect des dispositions d'un code de conduite ou d'un code éthique, un manquement à ce dernier l'expose à des sanctions pouvant aller jusqu'à la rupture du contrat.

462. En lien avec ce qui précède, « *un dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence* »⁸¹⁶. En plus du code de conduite, pour rendre efficace la prévention des risques de comportements illégaux, l'autre levier est basé sur la sensibilisation et la formation des acteurs les plus exposés au regard de leur niveau de responsabilité. Le dispositif de formation, étant un instrument de transmission des valeurs éthiques et de la culture d'intégrité, participe incontestablement à ce processus de moralisation, dès lors qu'il favorise une large diffusion des engagements pris mentionnés dans le code de conduite. En effet, cela permet d'améliorer non seulement le niveau de vigilance des acteurs économiques dans leurs relations contractuelles, mais aussi de les sensibiliser sur le comportement à adopter face à des circonstances, déviant le respect des normes juridiques et éthiques.

463. Toutefois, le processus de moralisation préventive des activités économiques ne se limite pas à la mise en place de ces deux dispositifs de *compliance*. En effet, l'alinéa 4 du § II de l'article 17 de la loi « Sapin 2 » impose également la mise en œuvre « *des procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires eu regard de la cartographie des risques* ». Ce dispositif a pour objectif de collecter les informations des tiers avec qui une relation contractuelle est entretenue ou est envisagée d'être entretenue. L'objectif est d'apprécier en *ex ante* leurs niveaux de probité et d'intégrité, afin de contrôler leurs comportements vis-à-vis des « buts monumentaux » définis. Pour établir une relation contractuelle claire et parvenir à contrôler son exécution, chaque partie doit avoir une visibilité complète sur la situation juridique, judiciaire, éthique, sociétale, etc., de son partenaire. Il s'agit donc pour les parties d'être diligentes, en faisant usage des procédures

⁸¹⁵ La décision de la Cour d'appel de Paris a permis d'appréhender les conséquences du non-respect du code éthique par un partenaire commercial. En réaction de la rupture du contrat, le fournisseur saisi la justice en invoquant comme motif, la rupture brutale des relations commerciales établies. Pour le juge du fond, la rupture des relations était légitime, dans la mesure où il y a manquement au code éthique de la centrale de distribution applicable à l'ensemble des fournisseurs et en tout état de cause justifie en raison de la gravité des actes, la rupture du contrat sans préavis.

⁸¹⁶ Article 17-II-6° de la « loi Sapin 2 ».

KYC⁸¹⁷ (*Know Your Customer*) d'origine américaine qui se sont très vite imposées en droit français. En cherchant l'efficacité du dispositif de *compliance*, la loi « Sapin 2 » fait de l'évaluation des tiers un outil incontournable de moralisation des activités économiques. C'est dans ce contexte que la Cour d'appel d'Angers, dans un arrêt en date du 11 mars 2021,⁸¹⁸ a confirmé le licenciement d'un directeur commercial et marketing d'une entreprise d'armement pour manquement à l'obligation de diligence précontractuelle. Dans cette affaire, le demandeur avait initié, avec un distributeur potentiel basé au Moyen-Orient avec lequel la société qu'il représente n'a jamais eu de relations d'affaires, un rendez-vous pour la signature d'un contrat de vente de matériels sensibles. Cette initiative a été prise en s'abstenant délibérément de prendre en compte la procédure d'évaluation des tiers en vigueur dans son entreprise qui exigeait un certain nombre de contrôles d'intégrité. Cette absence de non-conformité de « *due diligence* » au regard de ses responsabilités au sein de l'entreprise peut fonder selon la Cour d'appel une cause réelle et sérieuse de licenciement.

464. Donc, nous pouvons constater à travers cet arrêt que la confiance ne supprime en rien la nécessité d'évaluer la situation de conformité de ses potentiels partenaires, clients, fournisseurs ou distributeurs afin d'écarter tout risque de vulnérabilité sur le plan légal. De façon générale, l'analyse des dispositifs de moralisation préventive a permis de constater que c'est un défi majeur d'imposer un comportement éthique dans les contrats d'affaires. Par conséquent, il faut très tôt détecter les risques dans la mesure où l'enjeu est d'éviter toute défaillance à l'égard des normes juridiques et éthiques entraînant la consommation de l'infraction.

465. La consécration de nouvelles obligations de détection des risques de non-conformité pour exprimer une vision de moralisation des contrats d'affaires. La loi « Sapin 2 », qui vise à moraliser les activités économiques, énonce désormais comme devise : la prévention, la détection, le contrôle et la remédiation des risques de corruption et de trafic d'influence. Pour détecter, il faut identifier, alerter et contrôler à l'interne afin qu'aucun contrat d'affaires n'échappe aux risques d'actes illégaux. À cet égard, l'article 17 de ladite loi met à la charge des acteurs économiques assujettis l'obligation de mettre en œuvre un « programme de compliance » pour la diffusion d'une culture éthique dans les activités économiques.

⁸¹⁷ C'est un processus utilisé par les banques et les grandes entreprises non seulement pour vérifier l'identité et l'intégrité des clients ou partenaires, mais aussi pour évaluer le risque de LCB-FT.

⁸¹⁸ CA Angers, ch. prud'homale, 11 mars 2021, n° 19/00128.

466. À ce titre, conformément à l'alinéa 2 du § II de l'article 17, l'obligation de détection des risques consiste en la mise en place d'« *un dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de sanctions contraires au code de conduite* ». Sans être exhaustif sur son rôle et sur l'organisation du dispositif d'alerte, c'est un outil de signalement obligatoire mis en place pour porter à la connaissance du supérieur hiérarchique ou au référent éthique tout comportement contraire à l'éthique ou toute situation qui témoigne une atteinte aux prescriptions du code de conduite. D'origine américaine⁸¹⁹, l'alerte éthique pour être fiable, doit donc émaner d'une personne qui a eu personnellement connaissance de l'information et qui agit en bonne foi et de façon désintéressée. L'intégration progressive de cet arsenal en droit français des contrats d'affaires permet de révéler des informations sur des comportements portant atteinte aux valeurs éthiques essentielles partagées. L'alerte devient aujourd'hui un outil légitime qui intègre le dispositif de régulation sociale des contrats d'affaires. S'il peut être appréhendé comme un outil de moralisation, c'est parce qu'au-delà du préjudice financier qui découle du comportement contraire à la réglementation ou aux valeurs éthiques, l'absence de réaction susciterait un sentiment de déloyauté et de malhonnêteté.

467. Ainsi, les résultats attendus du dispositif d'alerte sont notamment la détection des comportements illégaux, la protection de l'intérêt sociétal et de celui de l'ensemble des parties prenantes. Nous pouvons affirmer que ce dispositif à valeur éthique est un canal de communication accessible de régulation et de contrôle des comportements. C'est donc pour confirmer son utilité dans le processus de moralisation des activités économiques que la loi « Sylvain Waserman » n° 2022-401 du 21 mars 2022 est venue modifier le dispositif général de la protection des lanceurs d'alerte qui a été instauré par la loi dite « Sapin 2 » de 2016. Elle vise notamment à élargir le statut du lanceur d'alerte, renforcer sa protection afin de corriger les limites mises en évidence par le rapport d'évaluation de 2021 sur l'impact de la loi « Sapin 2 » et simplifier le dispositif de signalement qui n'est plus hiérarchisé⁸²⁰. Sur ce point, le dispositif se rapproche de celui du droit américain créé en 2007 par le Bureau des lanceurs d'alerte du

⁸¹⁹ Les origines de l'alerte éthique se trouvent notamment dans le *False Claim Act* (US, 1863), le *Whistleblower Protection Act* (US, 1989), le *Public Interest Disclosure Act* (UK, 1998), la loi Sarbanes- Oxley (SOX, 2002) et le *Dodd Franck Act* (US, 2010).

⁸²⁰ S. LACROIX DE SOUSA, « L'amélioration de la protection du lanceur d'alerte par la loi n° 2022-401 du 21 mars 2022, Revue ACE, n° 157. La loi « Sapin 2 » hiérarchisait les canaux de signalement en trois temps : d'abord obligatoirement un signalement interne, ensuite en l'absence de traitement, un signalement externe (autorité administrative, judiciaire, ordre professionnel), et en dernier recours une divulgation publique. La loi transpose la directive 2019/1937 du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union européenne.

IRS Whistlerblower Office, et à celui du droit sénégalais qui n'est plus hiérarchisé depuis la loi n° 2025-14 du 4 septembre 2025⁸²¹. La loi donne désormais la possibilité aux lanceurs d'alerte de choisir entre signalements interne et signalement externe. Toutefois, à la différence du droit américain et du droit sénégalais, où les lanceurs d'alerte sont rémunérés, en droit français, il ne peut être rémunéré pour son signalement. Au regard de ses observations, pour s'assurer du respect des normes juridiques et éthiques qui prescrivent ou interdisent un comportement, mais aussi pour mesurer l'efficacité des dispositifs mis en place qui sont prescrits au § II de l'article 17 de la loi « Sapin 2 », il faut également des mesures correctives, de contrôle et d'évaluation.

468. Les obligations de contrôle et de remédiation du dispositif de *compliance* pour garantir l'efficacité du processus de moralisation des activités économiques. La moralisation des contrats d'affaires par le dispositif de *compliance* ne peut être jugée efficace et en adéquation avec les « buts monumentaux » que lorsqu'elle répond au haut degré d'exigence de comportements vertueux et irréprochables. Ainsi, pour y parvenir, il faut mettre en place des contrôles et des procédures d'évaluation. En cas de défaillance, on pourra alors prendre les mesures correctives. Dans ces perspectives, le § II de l'article 17 de la loi « Sapin 2 » exige : « *Un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre* ». Ce dispositif s'articule autour de quatre objectifs. Tout d'abord, il convient de contrôler la mise en œuvre du programme de *compliance* et de tester son efficacité. Ensuite, il faut identifier les lacunes et les obstacles à la mise en place des mesures. Puis, de formuler des recommandations afin de corriger les problèmes et ainsi améliorer l'efficacité du dispositif de *compliance*. Et enfin de détecter, le cas échéant, des faits de corruption ou de trafic d'influence⁸²². En se conformant à ces exigences, il est tout à fait possible d'affirmer que le dispositif de contrôle et d'évaluation est une action de surveillance qui a deux finalités. D'une part, d'avoir une assurance raisonnable sur le degré de maîtrise des opérations économiques. D'autre part, d'identifier les faiblesses du dispositif de *compliance* en vue de son amélioration en déployant des actions de remédiation. Après avoir étudié l'étendue des obligations de prévention et de détection des risques, il se pose maintenant la question de leurs enjeux.

⁸²¹ V. Article 4 de la loi n° 2025-14 du 4 septembre 2025.

⁸²² Cf. Les recommandations de l'AFA aux entreprises assujetties à l'article 17 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, janvier 2021, p. 42.

B- Les enjeux des obligations de prévention et de détection des risques

469. La mutation de la régulation et du contrôle des contrats d'affaires. En l'espace d'une dizaine d'années, nous avons assisté à une mutation spectaculaire de la régulation et du contrôle des contrats des affaires qui se basent « *de plus en plus sur un mode procédural, à base de discussion, de transparence, de due process, etc.* »⁸²³. Si l'on connaît les moyens humains et financiers que demande la mise en place d'un dispositif de *compliance*, la question qui se pose est celle de ses enjeux. En effet, si le droit français des contrats d'affaires est profondément transformé par les nouvelles obligations de *compliance*, c'est parce qu'il y a de nouveaux enjeux à prendre en compte et à mettre en œuvre.

470. La moralisation des contrats d'affaires par la responsabilisation des acteurs économiques et la valeur contraignante de la *compliance*. En toute évidence, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 délègue aux acteurs économiques assujettis à ce dispositif un ensemble de charges quant aux mesures à prendre, ainsi qu'un ensemble de pouvoir dans la lutte aux atteintes à la probité. L'une des particularités du dispositif juridique de la *compliance*, c'est qu'après avoir défini le cadre et les objectifs généraux des nouvelles normes de comportement, le législateur laisse libre cours aux acteurs économiques le soin de définir eux-mêmes les moyens et les règles qu'ils jugent essentiels et suffisants pour se conformer à la réglementation en vigueur qui leur est applicable. Ce qu'il faut relever, c'est qu'il s'agit non pas d'imposer exclusivement des règles générales et impersonnelles, mais plutôt de procéder à un transfert de pouvoir qui accorde une autonomie fonctionnelle et plus de latitude dans la gestion du dispositif de *compliance*. Ce qui, par conséquent, constitue une marque de confiance envers les acteurs économiques⁸²⁴. En effet, l'objectif de cette délégation de pouvoirs est d'instaurer un devoir d'initiative et une obligation de résultat dans la mise en place d'un programme de *compliance*⁸²⁵. Donc, dans une logique de responsabilisation⁸²⁶, le droit de la *compliance* s'appuie sur les acteurs économiques afin de promouvoir des pratiques éthiques dans la mesure où, pour que le dispositif soit efficace, il doit s'inscrire dans leur « quotidien organisationnel »⁸²⁷. Ce choix se justifie facilement par l'idée selon laquelle les normes émises

⁸²³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le contrôle judiciaire sur le règlement des différends exercé par le régulateur. Les enseignements du cas Sinerg », *RLC*, n° 3, 2005, p. 107.

⁸²⁴ X. BOUCOBZA, Y.-M. SERINET, « La loi « Sapin 2 » et le devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance*, Recueil Dalloz 2017, p. 1619.

⁸²⁵ *Ibid.*

⁸²⁶ S. LACROIX DE SOUSA, « Les sociétés face au RGPD : les enjeux de la *compliance* », *Revue des sociétés* 2021, 6, p. 351.

⁸²⁷ *Ibid.*

par les pouvoirs publics sont plus effectives, plus efficaces et plus efficientes si les acteurs les suivent spontanément, c'est-à-dire en amont, plutôt que s'ils sont sanctionnés en aval.

471. C'est une position tout à fait justifiée parce que s'assurer de l'adoption des normes juridiques et éthiques par les acteurs ne suffit plus à les rendre effectives et efficaces, il faut de surcroît une démarche proactive en matière de *compliance*. À ce titre, grâce à la dimension incitative de la *compliance* qui responsabilise les acteurs économiques, chacun y trouve son compte. Elle permet d'une part, aux pouvoirs publics de sortir de la logique traditionnelle répressive en permettant l'adoption d'une procédure de cessation et de correction des actes irréguliers. D'autre part, elle permet aux acteurs économiques de s'inscrire dans le mouvement de la moralisation des contrats d'affaires devenue aujourd'hui un impératif afin de limiter leur responsabilité contractuelle, civile ou pénale. Cependant, les nouvelles obligations en matière de *compliance* prévues par la loi « Sapin 2 » et la « loi de vigilance » ne constituent qu'un socle minimal. Par conséquent, rien n'interdit aux acteurs de renforcer leurs obligations et d'adapter les mesures afin d'être plus efficaces dans la prévention et la détection des risques de comportements illégaux. Avec plus de marge de manœuvre, l'objectif est qu'ils réussissent à sécuriser leurs relations avec les tiers, à protéger leurs actifs, leur réputation, *etc.*⁸²⁸

Pour être convaincu de cette dynamique de moralisation des contrats d'affaires par le dispositif de la *compliance*, prenons quelques exemples pratiques de clauses de *compliance* qui ne cessent de fleurir dans les relations contractuelles et prennent de plus en plus de place dans les discussions doctrinales⁸²⁹. Pour illustrer cela, nous pouvons mentionner diverses clauses, telles que les clauses « anti-cadeaux », les clauses de transparence, les clauses de *due diligence*, les clauses de conformité, les clauses sur le traitement des données personnelles et leur sécurité, ainsi que les clauses anticorruption. Ces clauses jouent un rôle crucial dans la démarche visant à assainir les contrats d'affaires. Ainsi, dès lors qu'il est possible de responsabiliser les acteurs économiques en internalisant les pouvoirs de contrôle des contrats d'affaires, nous pouvons placer les nouvelles obligations de *compliance* sous le signe de la contrainte normative à valeur éthique.

⁸²⁸ V. notamment : V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, « Codes de bonne conduite. Chartes éthiques (Outils de gestion des risques) », Lamy, 2012 ; A. MAYMONT, *La compliance et le droit bancaire*, *op. cit.* ; S. LACROIX DE SOUSA, « Les sociétés face aux RGPD : les enjeux de la *compliance* », *op. cit.*

⁸²⁹ V. notamment : Colloque Journal of Regulation & Compliance (JoRC) et Faculté de Droit de Perpignan, Le juge face aux clauses et aux contrats de compliance, Faculté de Perpignan, 7 avril 2023 ; E. BREEN, M. CABOCEL-TROUWBORST, « Les clauses contractuelles en matière d'éthique et de compliance », *BRDA*, juillet 2025 ; L. TENREIRA, « La rédaction des clauses d'application du devoir de vigilance par les global lawyers : l'exemple de clauses de flow-down » : *RDAI/IBLJ* 2022 p. 453-466.

472. En effet, la distinction entre ce qui est obligatoire et ce qui est volontaire permet de considérer que le législateur français classe la *compliance* dans le champ de la normativité juridique. En effet, il impose aux acteurs économiques de se conformer à de nouvelles obligations et de réguler leurs activités économiques par des normes éthiques essentielles au respect des règles de probité. À ce titre, l'encadrement de l'activité économique porteur de risques d'ordre juridique, éthique et économique tire plus d'efficacité lorsqu'il s'inscrit dans une démarche purement obligatoire. Nous pouvons donc penser que c'est ce qui explique le changement de méthode de régulation avec l'idée de responsabilisation des acteurs qui tire sans doute sa source dans la concrétisation des « buts monumentaux ». Cette perception est confortée par la Professeure M.-A. Frison Roche qui souligne que « *pour mesurer la force de contrainte des outils de compliance, il convient, non pas de partir des sources de ces outils, mais plutôt des buts qu'ils servent* » dès lors que « *l'essentiel est dans la "mission", c'est-à-dire l'objectif qui est visé et qui est défini par les autorités publiques* »⁸³⁰. Ce raisonnement permet de soutenir que la *compliance* est un droit préventif et répressif. Mais les démarches contraignantes des autorités publiques restent insuffisantes et doivent être complétées « *par celles des acteurs économiques qui précisent le contenu et assurent le respect des règles en internalisant certaines contraintes* »⁸³¹. En effet, la *compliance* apparaît comme l'instrument juridique permettant aux pouvoirs publics d'imposer des obligations dont ils n'ont pas la force d'assurer et de garantir l'efficacité et l'effectivité⁸³².

473. Il faut désormais plus de *due diligence* en termes de rédaction des contrats et de choix des partenaires. C'est également un moyen pour les acteurs économiques à satisfaire leurs obligations légales de *compliance* par le biais des clauses de *compliance*, lesquelles accordent des pouvoirs contractuels de résolution unilatérale du contrat en cas de manquement à une obligation d'ordre éthique.

474. De ce point de vue, nous pouvons relever un double enjeu du dispositif de *compliance*. Il s'agit d'une part, de permettre aux acteurs économiques de s'autoréguler sous le contrôle des pouvoirs publics et ainsi adapter le cadre légal à la spécificité de chaque secteur économique. D'autre part, de réduire le nombre d'interventions des autorités de régulation dans

⁸³⁰ M.-A. FRISON ROCHE (dir.), « L'approche juridique des outils de la compliance. Construire juridiquement l'unité des outils de la compliance à partir de la définition du Droit de la compliance par ses « buts monumentaux » », in *Les outils de la compliance*, Dalloz 2021, p. 35.

⁸³¹ J.-M. SAUVE, « *Compliance*, droit public et juge administratif », intervention lors du Conseil économique, social et environnemental, 2016.

⁸³² X. BOUCOBZA, Y.-M. SERINET, *op. cit.*, p. 1619.

la procédure de contrôle de prévention et de détection des infractions qui leur incombe. Toutefois, il ne s'agit pas pour les pouvoirs publics de déléguer leur mission de contrôle, mais de diffuser aux acteurs économiques une culture de *compliance* et de les impliquer dans l'élaboration des normes éthiques qui concrétisent la moralisation des contrats d'affaires.

475. La fonction stratégique de la *compliance* dans son rôle de prévention et de détection des risques de non-conformité. L'objectif de l'émergence de cet ensemble d'obligations nouvelles n'est pas que managérial pour les acteurs économiques. La *compliance* renferme aussi une dimension stratégique. En effet, l'absence d'un dispositif de *compliance* pour tendre vers l'atteinte des « buts monumentaux » pourrait non seulement engendrer des coûts financiers très élevés, mais aussi un risque de réputation. Dans ce format de prévention, de détection et de remédiation des risques, la cible est aussi réputationnelle. Donc, la *compliance* est aussi au service d'une démarche active de compétitivité concurrentielle. Lorsqu'elle est dynamique et efficiente pour remplir son objectif premier, celui de prémunir les risques juridiques, elle doit également être en mesure de devenir un avantage compétitif qui crée de la valeur⁸³³. Les valeurs éthiques qu'incarnent les acteurs économiques dans leurs activités sont aujourd'hui très suivies par leurs collaborateurs. Il en est de même pour les clients qui préfèrent être en relation avec des acteurs économiques avec qui ils partagent les mêmes valeurs et comportements vertueux. Maintenant que le mouvement de moralisation des contrats d'affaires qui se manifeste à travers les nouvelles obligations de prévention et de détection des risques issues de la loi « Sapin 2 » est clairement exposé, il convient de s'intéresser à la nouvelle obligation de gestion des atteintes de conformité des normes juridiques et éthiques en vigueur issue de la loi de vigilance de 2017.

Sous-section 2 : L'accentuation de la moralisation des contrats d'affaires par le développement de l'obligation de vigilance

476. L'encadrement contraignant des groupes de sociétés. Pendant longtemps, pour atteindre le niveau de performance économique souhaité, le dispositif stratégique des opérateurs économiques était, d'une part, exclusivement fondé sur leur capacité à anticiper les besoins des clients, et d'autre part, centré sur les démarches de stratégie des affaires de leurs concurrents⁸³⁴.

⁸³³ S. LHOMME, « Jouer de nos atouts sans timidité dans un contexte économique régi par les règles de la *compliance* et de la communication stratégique », in *L'entreprise face au nouveau contexte réglementaire : des enjeux de puissance et de compétitivité*, Revue du département Intelligence et sécurité économiques de l'INHESJ, 2018, p. 23.

⁸³⁴ B. GRAULLE, S. DOS SANTOS, « Prévention du risque en entreprise. Une approche pluridisciplinaire de la *compliance* », Cahiers de droit de l'entreprise n° 1, Janvier 2021, dossier 1.

Aujourd'hui, cette stratégie qui était limitée aux seuls aspects économiques s'est élargie, pour accueillir un volet légal de vigilance dans le processus de prévention des risques⁸³⁵. Pour compléter le dispositif de la *compliance*, le législateur français a fait le choix à travers la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017, de rendre obligatoire le devoir de vigilance et d'en faire l'un des principes de gestion des activités économiques.

477. Plan. Progressivement, le droit français consacre l'obligation de vigilance qui intègre le dispositif de *compliance* (A), imposant l'adoption d'un plan de vigilance (B) qui vient garantir le respect des normes fondamentales dans les contrats d'affaires.

A- La consécration de l'obligation de vigilance dans les contrats d'affaires

478. L'évolution du dispositif de la *compliance*. Les objectifs portés par la fonction de *compliance* n'ont cessé de croître ces dernières années au gré des pouvoirs publics. Plus connu en droit américain sous la traduction du principe de *due diligence*, l'obligation de vigilance fait son apparition en droit français des contrats d'affaires, cantonné dans le domaine social et environnemental. En l'espace de quelques mois après l'adoption de la loi « Sapin 2 », cette obligation qui était auparavant cantonnée à la *soft law*, dispose désormais d'un véritable statut juridique grâce à la « loi Vigilance »⁸³⁶. Sa consécration marque une innovation juridique majeure dans le mouvement éthique et social de responsabilisation lorsqu'il s'agit de saisir la conduite des acteurs économiques dans leurs relations contractuelles. Pour contourner « *les écrans juridiques de la personnalité morale et les cloisons territoriales nationales* »⁸³⁷, il faut désormais emprunter de nouvelles méthodes d'application effective des normes juridiques et éthiques.

479. Très controversée, la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative à l'obligation de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre qui s'applique qu'aux grandes entreprises insère dans le Code de commerce, l'article L.225-102-4⁸³⁸. À l'instar du droit

⁸³⁵ *Ibid.*

⁸³⁶ La loi a été déposée le 11 février 2015 à l'Assemblée nationale à la suite du drame de Rana Plaza qui a eu lieu à Bangladesh. L'effondrement d'un immeuble qui comprenait essentiellement des ateliers de textiles de sous-traitances et des fournisseurs qui travaillaient pour des multinationales européens et français a causé 1.138 morts et environ 2.500 blessés.

⁸³⁷ S. TATIANA, J. TRICOT, « La loi sur le devoir de vigilance : un modèle pour (re)penser la responsabilité des entreprises », *Droit et société*, vol. 106, n° 3, 2020, p. 683-698.

⁸³⁸ Il dispose que « *les obligations nées de la loi de vigilance s'imposent aux sociétés qui emploient à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance* ».

français, le Parlement européen a adopté le 1^{er} juin 2023 sa position sur la future directive sur le devoir de vigilance des entreprises établies dans l'Union européenne qui emploient deux cent cinquante salariés et réalisent un chiffre d'affaires mondial supérieur à quarante millions d'euros. Les nouvelles règles ont notamment pour objectif d'intégrer dans la gouvernance des entreprises des règles visant à les contraindre à identifier, prévenir, faire cesser ou atténuer toute atteinte aux droits humains et l'impact environnemental que peut provoquer leurs activités. Outre, l'objectif pour la directive européenne sur le devoir de vigilance consiste à mettre sous surveillance toute la chaîne de création de valeur. À cet égard, les acteurs économiques ne doivent plus se limiter à analyser et à contrôler leur propre impact. Ils doivent également veiller sur ceux de leurs partenaires commerciaux, de la fourniture à la distribution, le transport, le stockage, *etc.* Reste maintenant à voir, lors de son adoption, le compromis qui sera trouvé par les États membres afin d'assouplir et d'harmoniser ses dispositions pour son application.

480. Nous pouvons constater que ces innovations législatives s'orientent de plus en plus vers une politique globale de promotion d'une démarche de « sùreté éthique »⁸³⁹ et de « management des risques »⁸⁴⁰ dans les activités économiques. L'objectif principal de la « loi Vigilance » consiste à utiliser la contrainte juridique afin de garantir une véritable effectivité de l'obligation de vigilance imposée aux donneurs d'ordre qui « *exercent une influence déterminante* » sur les activités économiques en France ou à l'étranger de leurs sous-traitants ou fournisseurs. À cette fin, elles ont une obligation qualifiée de « préventive » et « en responsabilité »⁸⁴¹ face aux « *atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* ». Cette nouvelle responsabilisation des acteurs économiques issue de la « loi Vigilance » se manifeste au travers de trois obligations préventives : une obligation d'établir un plan de vigilance, une obligation de le publier et une obligation de le mettre en œuvre.

481. La consécration de nouvelles obligations préventives par la « loi Vigilance » pour valoriser les comportements éthiques dans les contrats d'affaires. La valorisation des comportements éthiques devient une évidence pour les acteurs économiques qui ont longtemps eu pour objectif de veiller sur le niveau de croissance économique de leurs activités. Aujourd'hui, il est exigé des acteurs économiques de dépasser la simple rentabilité financière

⁸³⁹ J. IGALENS, M. JORAS, « La sùreté éthique. Du concept à l'audit opérationnel », EMS, 2010.

⁸⁴⁰ C. ROQUILLY, C. COLLARD, « De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », Legal Edhec, sept. 2009, p. 3.

⁸⁴¹ A. CASADO, « De la juridiction compétente en matière d'actions corrélatives au devoir de vigilance », BJT 2022, n° 1, p. 3.

et de prendre en charge les questions d'ordre éthique et le respect de la loi et de son esprit⁸⁴². À ce titre, la « loi Vigilance » offre aux autorités publiques l'occasion de revenir sur la problématique de la gestion de la responsabilité des acteurs dominants en raison de leurs partenaires économiques (sous-traitants ou fournisseurs), compte tenu des liens contractuels qui existent entre eux, et ce, indépendamment du principe d'autonomie juridique. En effet, pour le Professeur D. Schmidt « *tout pouvoir doit nécessairement entraîner une responsabilité, et lorsque ce pouvoir s'exerce sur une entreprise totalement intégrée, la société dominante doit répondre des résultats de sa gestion* »⁸⁴³. Ainsi, par le biais de la « loi Vigilance », il est possible d'observer, d'une part, un prolongement de l'obligation financière solidaire et, d'autre part, un mouvement d'objectivation de la responsabilité des donneurs d'ordre par rapport à la possibilité qu'ils ont de contrôler les activités de leurs partenaires. Ce mouvement ne découle pas *stricto sensu* d'un manquement direct à une obligation contractuelle, mais plutôt d'un manquement d'ordre éthique de vigilance. À cet égard, en contournant la fiction juridique de l'autonomie des fournisseurs et sous-traitants vis-à-vis des donneurs d'ordre, la loi impose des obligations contraignantes qui les placent en position de garants du respect des normes juridiques et éthiques par eux et ses partenaires⁸⁴⁴.

482. Au regard de ce qui précède, c'est donc la situation de dépendance économique qui semble justifier le choix du législateur de mettre l'obligation de vigilance à la charge des acteurs dominants. C'est à travers cette démarche que le législateur français a entendu mettre au service de la règle de droit, la domination économique qui résulte de la structuration de la relation contractuelle afin d'orienter les conduites face aux atteintes à la probité. Pour ce faire, la « loi Vigilance » à travers l'article L.225-102-4 du Code de commerce s'appuie sur des critères sociaux (nombre de salariés) pour engager les acteurs économiques dans une démarche de prévention par l'adoption d'outils de gestion des risques formalisés au sein d'un « plan de vigilance ». C'est pourquoi, dans la structuration des mesures raisonnables de vigilance que doit contenir le plan de vigilance, nous pouvons relever que l'énoncé législatif de la « loi Vigilance » emprunte le champ lexical employé par la loi « Sapin 2 » : cartographie des risques, procédures d'évaluation, alerte, dispositif de suivi des mesures. Mais, la « loi Vigilance » va même plus loin en imposant « *des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention*

⁸⁴² I. TCHOTOURIAN, « Quelle éthique dans la chaîne d'approvisionnement ? », Droit et Patrimoine, n° 326, juillet 2022.

⁸⁴³ D. SCHMIDT, « La responsabilité civile dans les relations de groupe de sociétés », Revue des sociétés, 1981, p. 736.

⁸⁴⁴ L.-M. AUGAGNEUR, « La compliance a-t-elle une valeur ? », JCP E, 2017, 1522.

des atteintes graves »⁸⁴⁵. Ainsi, pour que le processus de moralisation des activités économiques puisse être efficace, les risques doivent être cartographiés et clairement définis.

483. Cependant, seul l'établissement d'une cartographie des risques est exigé par la « loi Vigilance », et, par conséquent, l'établissement d'un code de conduite est couvert par la loi « Sapin 2 » lorsque les acteurs dominants y sont assujettis⁸⁴⁶. Pour atteindre l'objectif de prévention et d'autorégulation, le programme de conformité de l'obligation de vigilance est avant tout procédural⁸⁴⁷. Dans cette perspective, les acteurs dominants doivent mettre en place des procédures pour évaluer la situation de leurs partenaires « avec lesquels ils entretiennent des relations commerciales établies », des procédures pour suivre les mesures qu'ils ont prises et des procédures pour déclencher des alertes afin de s'assurer que les risques comportementaux seront détectés et corrigés. Nous pouvons, à ce titre, constater que l'objectif est donc commun avec celui de la loi « Sapin 2 » : atteindre l'efficacité et l'effectivité dans le respect des obligations éthiques⁸⁴⁸ qui reposent sur l'impulsion donnée par le droit de la *compliance*. Ce qui marque incontestablement un progrès du processus de moralisation des contrats d'affaires.

B- L'adoption d'un plan de vigilance dans les contrats d'affaires

484. La prééminence des normes comportementales dans les contrats d'affaires. L'émergence des normes comportementales qui se veulent éthiquement responsables crée un nouveau cadre juridique à travers lequel le législateur français cherche à combiner « performance économique » et moralisation des contrats d'affaires qui semblent difficilement faire bon ménage. À la lecture du nouvel article L.225-102-4 du Code de commerce qui instaure une obligation de vigilance à la charge des acteurs dominants qui exercent une influence apparente sur leurs partenaires, il apparaît que la nature du dispositif normatif relève d'une obligation comportementale. En effet, la loi introduit un nouveau standard de comportement à travers la notion de « vigilance raisonnable ». Cependant, l'appréciation du caractère raisonnable des mesures mises en œuvre semble être laissée à un tiers sans que son identité soit précisée. Est-ce le juge civil, le juge consulaire ou une autorité de régulation administrative ? Le législateur français n'apporte aucune précision à cette question malgré l'absence d'un

⁸⁴⁵ Art. L. 225-102-4, I, 3°, c. com., réd. L. 27 mars 2017.

⁸⁴⁶ Art. 17, II, 1° de la Loi Sapin 2.

⁸⁴⁷ S. TATIANA, J. TRICOT, « La loi sur le devoir de vigilance : un modèle pour (re)penser la responsabilité des entreprises », *op. cit.*

⁸⁴⁸ V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, « Codes de bonne conduite. Chartes éthiques (Outils de gestion des risques) », *op. cit.*, n° 346 s.

organe de contrôle externe du plan de vigilance à l'exemple de l'AFA créée pour contrôler les mesures d'actions de la loi « Sapin 2 ».

485. En raison du silence du législateur français, et d'un débat doctrinal controversé⁸⁴⁹, la chambre commerciale de la Cour de cassation a reconnu la compétence des tribunaux judiciaires ou des tribunaux consulaires, selon le choix des demandeurs, pour connaître des actions sur le fondement des articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du code de commerce. En effet, dans un arrêt en date du 15 décembre 2021⁸⁵⁰, la Cour de cassation a été saisie par des associations françaises et ougandaises pour donner suite à une action en référé en 2019 auprès du tribunal judiciaire de Nanterre. Il s'agissait d'enjoindre à la société TotalEnergie de respecter ses obligations en ce qui a trait à l'établissement, à la publicité et à la mise en œuvre effective d'un plan de vigilance. En l'espèce, le tribunal judiciaire de Nanterre, par une ordonnance contradictoire rendue en référé en date du 30 janvier 2020, avait relevé « la compétence exclusive des tribunaux consulaires », confirmée par la Cour d'appel de Versailles. Cependant, la décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation vient mettre un terme aux décisions contradictoires sur la question de la compétence judiciaire en matière d'action sur le devoir de vigilance. En confirmant la nature d'acte de gestion que revêt l'obligation d'établir un plan de vigilance, elle réaffirme le droit d'option du demandeur non commerçant de saisir, soit « la juridiction civile », soit les « juridictions consulaires ». Ainsi, il faut noter que la « loi de vigilance », d'une certaine manière, a instauré juridiquement sous l'étiquette des instruments de *soft law* (cartographie des risques, code de conduite, dispositif d'évaluation, clauses contractuelles volontaires, etc.), un mouvement d'institutionnalisation des exigences d'éthique environnementale imposée par la « globalisation de l'économie »⁸⁵¹ et la nature des activités économiques.

486. Le défi d'intégration d'un minimum de mesures de vigilance raisonnable de prévention des atteintes des valeurs fondamentales. La volonté de moraliser les contrats d'affaires, nous la retrouvons dans le choix du champ sémantique fait par le législateur français

⁸⁴⁹ V. en ce sens, G. LERAY, « Équivoque sur la compétence juridictionnelle en matière de plan de vigilance », *Revue sociétés* 2021, 297 ; J.-M. LEPRÊTRE, P. BIGNEBAT, « Revirement de position sur la compétence juridictionnelle pour l'application de la loi sur le devoir de vigilance », *JCP E* 2021, 1323 ; P. ABADIE, « Les enseignements de la procédure sur la nature du devoir de vigilance : entre contestation relative aux sociétés commerciales et contestation relative à la responsabilité sociale », *Dalloz* 2021, 614.

⁸⁵⁰ Cass. com. 15 déc. 2021, n° 21-11.882, *Dalloz* 2022, 7.

⁸⁵¹ I. DAUGAREILH (dir.), *La responsabilité sociale de l'entreprise, vecteur d'un droit de la mondialisation ?*, Bruxelles : Bruylant, 2017 et du même auteur I.D. (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruxelles : Bruylant, 2010.

lors de l'élaboration de la « loi Vigilance ». En effet, en portant le choix sur la notion de « vigilance » et non de « diligence », il semble vouloir préciser que le comportement qui est attendu des acteurs économiques concernés par le plan de vigilance ne se limite pas seulement à la mise en œuvre de « mesures raisonnables » qui encadre les contrats d'affaires. Ce qui leur incombe, c'est plutôt une obligation de moyens renforcée, dès lors que la loi impose de faire tous les efforts nécessaires pour avoir un comportement minimum de respect des normes juridiques et éthiques. Cependant, l'appréciation demeure subjective. Celle qui consiste à mettre en œuvre « *des mesures tendant tout de même vers un résultat concret et raisonnable de prévention et de réduction des risques et atteintes graves* »⁸⁵² des valeurs fondamentales ou des valeurs universelles des droits humains dans toute relation contractuelle. Cette approche est également prise en compte en droit américain. La disposition qui y consacre la *due diligence* est considérée comme une norme internationale, parce qu'intégrée dans le *Uniform Commercial Code*.

487. Donc, dès lors que c'est une obligation de moyen renforcée, les deux critères qui permettront au juge d'apprécier la conformité du plan de vigilance sont : qu'il soit établi et mis en œuvre de manière effective, et comporte des mesures raisonnables de vigilance. La loi sur l'obligation de vigilance contribue donc à la création de valeurs comportementales dans le cadre des relations d'affaires. L'exemple parfait est incontestablement le cas de la protection des données personnelles, c'est-à-dire de la conformité au Règlement général sur la Protection des Données (RGPD). En effet, l'article 25 du RGPD instaure une nouvelle culture de *compliance* qui impose aux acteurs économiques par le principe de *privacy by design* de mettre en place des mesures techniques, organisationnelles et opérationnelles qui garantissent une conformité de traitement des données personnelles avec la réglementation en vigueur. L'idée est d'offrir une garantie suffisante de protection de la vie privée et des droits fondamentaux des personnes qui peuvent notamment résulter de stipulations contractuelles. En exigeant un accomplissement des mesures contraignantes, en parallèle, il est exigé aux acteurs dominants et à l'ensemble des parties prenantes qui sont dans sa « sphère d'influence »⁸⁵³ d'agir de bonne foi. Le devoir de vigilance définit ainsi un standard de comportement qui sera jugé raisonnable au regard de la suffisance des mesures de prévention ou de réaction mise en œuvre.

⁸⁵² S. COSSARD, T. BEAU DE LOMÉNIE et A. LUBRANI, « Extension du domaine de la loi vigilance, loi sur le devoir de vigilance, au-delà de la compliance », *Revue des juristes de Sciences Po*, 16, 2019, p. 13.

⁸⁵³ La norme ISO 26000 définit la notion comme « un domaine, des relations politiques, contractuelles ou économiques à travers lesquelles une entreprise peut influencer les décisions ou les activités d'autres entreprises ou de personnes individuelles ».

488. Illustration de l'obligation de vigilance dans les relations commerciales établies. Conformément aux dispositions de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, le plan de vigilance doit prendre en compte « *les activités des sous-traitants et des fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie* ». Afin de sécuriser le déploiement des mesures de vigilance, « les techniques contractuelles pourraient être privilégiées comme instrument de diffusion »⁸⁵⁴. Selon le modèle de prévention posé par la « loi Vigilance », il sera vraisemblablement nécessaire pour les acteurs économiques donneurs d'ordre, en plus du plan de vigilance, d'introduire des stipulations dans les contrats commerciaux ou de sous-traitance permettant la mise en œuvre effective et efficace des mesures de vigilance pesant sur eux. Reconnaissons, comme nous l'avons souligné précédemment, que la logique de rendre responsable le donneur d'ordre du fait des manquements commis par le sous-traitant ou le fournisseur découle de la position de faiblesse dans laquelle elle se situe, limitant ainsi leur capacité à prendre des décisions en raison d'une relation contractuelle économiquement déséquilibrée. Le mécanisme de protection de la partie faible dans les contrats de dépendance économique marque également ses empreintes dans la « loi de vigilance ». Ils doivent garantir le respect des valeurs fondamentales par eux et leurs partenaires dans les relations contractuelles de dépendance. Il faut à cet effet constater que la loi sur le devoir de vigilance entend discipliner le marché⁸⁵⁵ et l'usage du pouvoir économique.

489. Conclusion de la section 1. La loi « Sapin 2 » et la « loi Vigilance », qui créent aujourd'hui de nouvelles obligations de prévention, de détection et de remédiation des risques d'atteintes à la probité, constituent d'ores et déjà des modèles pour repenser la réorganisation de la régulation des relations contractuelles. Elles révèlent aussi l'objectif de moraliser les contrats d'affaires. Cependant, sous ces objectifs de révolution juridique et culturelle⁸⁵⁶ de la pratique des affaires louables, il est nécessaire de souligner que ces obligations spéciales en termes d'exigences sont extrêmement lourdes et très souvent difficiles à mettre en application. Il reste à espérer que ce lourd dispositif ne place pas dans une position d'insécurité les acteurs économiques dans leurs relations d'affaires. Cela est d'autant plus inquiétant en raison également du renforcement des contrôles de conformité des contrats d'affaires.

⁸⁵⁴ T. SACHS, C. CLERC, « Controverse : le devoir de vigilance à la croisée des chemins ? », *Revue de droit du travail* 2022, p. 352.

⁸⁵⁵ S. HARNAY, T. SACHS, « La régulation de la gouvernance d'entreprise : de l'autorégulation à la corégulation », *Revue d'économie financière*, p. 41. « On entend par discipline de marché, la capacité des mécanismes de marché à orienter les agents économiques, et donc à les discipliner ».

⁸⁵⁶ K. HAERI et V. MUNOZ-PONS, « La loi Sapin II : Une révolution juridique et culturelle », *RLDA*, 122.

Section 2 : Le renforcement des contrôles de conformité des contrats d'affaires en droit français

490. L'expansion du contrôle éthique des contrats d'affaires. La *compliance* qui comporte une dimension juridico-éthique suppose que les acteurs économiques concernés affichent, dans leurs activités, un engagement clair, visible et effectif de respect des normes juridiques et éthiques auxquelles ils sont soumis pour tendre vers la réalisation des « buts monumentaux ». Ainsi, pour réconcilier droit et éthique⁸⁵⁷, un ensemble de pratiques nouvelles a émergé. En effet, un important dispositif normatif de sensibilisation, d'information, voire de formation au respect des règles générales en vigueur afin de diffuser une culture éthique a vu le jour en droit positif français. Cependant, pour être effective et efficiente, la démarche de *compliance*, dans une large mesure, fait l'objet d'un contrôle renforcé qui implique les acteurs économiques, les autorités indépendantes de régulation et les magistrats.

491. Plan. Nous proposons à ce titre de voir les acteurs de contrôle des contrats d'affaires qui se sont approprié la gestion des risques de *compliance* (**sous-section 1**) avant d'examiner l'efficacité des contrôles des contrats d'affaires en droit français par l'incitation contraignante à la *compliance* (**sous-section 2**).

Sous-section 1 : L'appropriation de la gestion des risques de *compliance* par les acteurs du contrôle des contrats d'affaires en droit français

492. L'implication des acteurs dans le processus de contrôle de conformité. La *compliance* est un contrat tripartite qui lie les acteurs économiques assujettis, les régulateurs et les juges. C'est une nouvelle composante du droit des contrats d'affaires qui s'intéresse aux actions prohibées et aux mobiles individuels ou collectifs contraires à l'éthique. Elle ne saurait se résumer à un simple ensemble de mécanismes d'organisation et de process mis à la charge des acteurs économiques qui fait obligation d'établir un programme de conformité sans suivi.

493. Plan. Pour que le comportement souhaité advienne et que celui redouté n'advienne pas, les interventions des régulateurs par la méthode incitative (**A**) et des magistrats par la méthode procédurale inversée (**B**) jouent un rôle capital, en général, dans la construction de la *compliance*, et en particulier dans le processus de contrôle des contrats d'affaires.

⁸⁵⁷ L.-M. AUGAGNEUR, « La *compliance* a-t-elle une valeur ? », *op. cit.*.

A- La méthode incitative de moralisation des contrats d'affaires employée par les régulateurs

494. Le contrôle de l'effectivité des mesures de *compliance* mises en œuvre par les acteurs économiques. Pour la Professeure A.-M. Frison-Roche, sous l'empire de la *compliance*, « le rôle du régulateur évolue : il ne fait plus, il regarde faire, il contrôle que cela est fait, il reçoit les preuves que cela a été fait, que cela est fait, que cela serait fait, en permanence »⁸⁵⁸. En effet, l'exercice des missions de contrôle des contrats d'affaires par les autorités de régulation se révèle désormais en *ex ante* après qu'elles ont précisé en amont les conditions d'adoption de la règle de *compliance* et posé des actions pour accompagner le déploiement du dispositif. Pour apprécier l'effectivité de la moralisation des contrats d'affaires, imposée par la *compliance*, il faut réussir à évaluer la portée des mesures de conformité, leur clarté et leur intelligibilité, comme le prévoit la loi « Sapin 2 » et la « loi Vigilance »⁸⁵⁹. Ainsi, pour concrétiser ces objectifs, en plus des autorités administratives et judiciaires de régulation des marchés économiques et financiers, l'Agence française anticorruption (AFA) a été créée par la loi « Sapin 2 ». Il joue le rôle central de contrôle de la qualité, de la cohérence et de l'efficacité des dispositifs de *compliance* qui sont mis en place par les assujettis.

495. Le contrôle d'initiative de l'AFA de la qualité et de l'efficacité du dispositif de *compliance* pour garantir la moralisation des contrats d'affaires. Créée par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, l'AFA est un service national dirigé par un magistrat hors hiérarchie de l'ordre judiciaire nommé par décret présidentiel pour une durée de six ans non renouvelables⁸⁶⁰, et est placée sous la tutelle du ministère de la Justice et du Budget⁸⁶¹. En plus de sa première mission, qui consiste à accompagner les acteurs économiques assujettis dans l'adoption et la mise en œuvre efficace des obligations de *compliance*, aux termes de l'article 1^{er} de la loi « Sapin 2 », l'AFA a un pouvoir de contrôle d'initiative. Ce pouvoir lui permet de s'assurer de l'existence, de l'effectivité et de l'efficacité de ces exigences. À cet égard, nous pouvons constater que le droit français de la *compliance* a fait le choix de se démarquer du modèle international, notamment américain de contrôle *ex post*, en prévoyant un contrôle

⁸⁵⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la *compliance* », in Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), *op. cit.*, p. 11.

⁸⁵⁹ M. GALLAND, « Le contrôle par le régulateur de l'effectivité des instruments de *compliance* mis en place par l'entreprise », in M.-A. Frison Roche (dir.) *Les outils de la compliance*, Dalloz 2021, p. 199.

⁸⁶⁰ Article 2 de la loi n° 2016-1691 du 09 décembre 2016.

⁸⁶¹ Article 1^{er} de la loi n° 2016-1691 du 09 décembre 2016.

administratif *ex ante* du dispositif de *compliance*⁸⁶². Plusieurs raisons peuvent justifier ce choix de prévoir un contrôle administratif en *ex ante*. La première pourrait sans doute découler, comme nous l'avons déjà évoqué, de l'hypothèse selon laquelle les fonctions d'identification et de prévention sont greffées aux dispositifs de *compliance* et il serait donc incohérent de les faire entrer au prétoire pour évaluer leur efficacité. La deuxième est le fait que, lorsqu'un comportement illégal est constaté dans le cadre d'une relation d'affaires, le recours au procès pénal aboutirait rarement à une exclusion de responsabilité ou à toute possibilité d'injonction, d'avertissement, de mise en demeure d'adopter un dispositif de *compliance* efficace. Donc, il est possible de soutenir que l'originalité de cette démarche en droit français tient au fait que le contrôle par l'autorité administrative peut être exercé *en amont* du comportement illégal de l'acteur économique sur le marché. L'AFA effectue ainsi un audit complet des dispositifs de *compliance* par des contrôles à la fois sur pièces et sur place⁸⁶³ pour évaluer les huit piliers⁸⁶⁴.

496. En ce sens, nous pensons que la moralisation des contrats d'affaires par le dispositif de la *compliance* ne peut avoir de sens et d'utilité que lorsqu'elle permet de minimiser les risques d'atteinte à la probité. Pour cette raison, le droit français est passé d'un droit répressif à un droit qui concilie prévention et répression, tout en mettant en avant l'aspect préventif. En effet, le choix d'une évaluation préalable par une autorité administrative de l'efficacité et de l'efficience des dispositifs de conformité est approprié et justifié en raison de leur rôle crucial de détection et de prévention des problèmes. Mais il est regrettable de constater que la situation juridique *sui generis* de l'AFA et son statut ne lui confère pas une parfaite indépendance. À l'instar de l'OFNAC en droit sénégalais, elle est placée sous tutelle, et, de surcroît, ne dispose pas d'un véritable pouvoir d'enquête lui permettant de mener des interrogatoires ou user de la contrainte. Seules deux possibilités lui sont offertes lorsque des manquements aux obligations

⁸⁶² L. D'AMBROSIO, « L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption : un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2 », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 1, no. 1, 2019, p. 1-24.

⁸⁶³ Article 3, 4^{ème} alinéa de l'arrêté du 14 mars 2017 relatif à l'organisation de l'AFA.

⁸⁶⁴ Cf. article 17-I de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique. Il s'agit de la : vérification de la cartographie des risques, socle du dispositif; vérification du contenu du code de conduite qui doit être annexé au règlement intérieur en France ou incorporé à un dispositif éthique (mentions exactes et complètes des comportements proscrits à partir des risques identifiés dans la cartographie des risques qui seront accompagnées d'illustrations pertinentes sur des cas concrets), de sa disponibilité et de son accessibilité pour les collaborateurs ; évaluation de l'efficacité du dispositif de sensibilisation et de formation ; vérification de la formalisation du dispositif de l'évaluation des tiers qui permet d'apprécier le niveau de risque des tiers dans le cadre de la relation contractuelle en cours ou envisagée ; vérification de la régularité des contrôles de transparence et de fidélité de la comptabilité ; contrôle du dispositif d'alerte et évaluation de la méthodologie de traitement des signalements ; analyse du dispositif disciplinaire assorti d'un dispositif de communication d'exemple de sanctions concrètes en cas de manquement aux principes éthiques énoncés dans le code de conduite ; et enfin, l'évaluation des plans d'action adoptés pour l'évaluation du dispositif de *compliance*, lesquels selon l'AFA doivent normalement refléter les manquements et les défaillances identifiés dans le programme de conformité lors de chaque contrôle.

de *compliance* sont constatés. Il s'agit, soit d'émettre des avertissements et/ou des mises en demeure ; soit de saisir la Commission des sanctions qui est habilitée à enjoindre aux acteurs économiques contrôlés à adapter le programme de conformité pour qu'ils satisfassent aux obligations de *compliance*, et éventuellement prononcer des sanctions. De tels pouvoirs attribués à l'AFA, même s'ils sont loin d'être contraignants, jouent néanmoins un rôle d'intimidation qui pourrait garantir l'efficacité de ses contrôles.

497. L'intensification de la moralisation des contrats d'affaires par les pouvoirs de contrôle attribués aux régulateurs financiers et à l'autorité de concurrence. En plus des pouvoirs de contrôle de l'AFA créée exclusivement pour garantir la réalisation des « buts monumentaux », un pôle commun du pouvoir de contrôle de conformité a été constitué chez d'autres autorités administratives. Il s'agit entre autres :

- **Des régulateurs financiers.** L'Autorité des marchés financiers (AMF)⁸⁶⁵ et l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)⁸⁶⁶, en leurs qualités de régulateurs financiers en France, sont également responsables de la surveillance des « buts monumentaux » dans le secteur des marchés financiers et d'investissements. Ainsi, avec les nombreuses crises connues par le secteur financier, ce dernier a très tôt été marqué par l'émergence des dispositifs de *compliance*, provoquant la création par la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de l'Autorité des marchés financiers. Aux termes des dispositions de l'article L. 634-1 du Code monétaire et financier créé par la loi « sapin 2 », l'AMF et l'ACPR doivent mettre en place « *des procédures permettant que leur soit signalé par toute personne, y compris de manière anonyme (...), tout manquement aux obligations définies par les règlements européens et par le présent Code des assurances, le Code de la mutualité et le Code de la Sécurité sociale ou le règlement général de l'Autorité des marchés financiers et dont la surveillance est assurée par l'une ou l'autre de ces autorités* ». Pour participer au processus de moralisation des contrats d'affaires, le rôle des régulateurs financiers à travers ce dispositif spécifique de contrôle consiste à veiller à la bonne mise en application des programmes de *compliance*. Ils veillent en détectant en amont, par le biais des alertes professionnelles et des contrôles effectués, tout manquement aux obligations

⁸⁶⁵ L'Autorité des marchés financiers a pour principale mission, la régulation des acteurs et des produits des marchés financiers français et des entreprises d'investissements.

⁸⁶⁶ Placée sous la tutelle de la Banque de France, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution est une autorité administrative indépendante qui assure la fonction de supervision de l'ensemble des organismes des secteurs bancaire et assurantiel, et notamment du contrôle des règles de protection de la clientèle et de lutte contre le blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

de *compliance*⁸⁶⁷ dans les contrats portant sur des services financiers. Il convient de souligner que l'émergence de la *compliance* a grandement participé à la sophistication des opérations de contrôle dans un secteur financier très exposé aux risques de violation des normes juridiques et éthiques dans les contrats à caractère financier, à l'exemple des contrats d'investissement entre professionnels. L'activité bancaire est un point d'entrée des risques juridiques et éthiques, notamment le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, et à cet égard, nous comprenons pourquoi il est impératif d'intensifier la moralisation des contrats d'affaires dans ce secteur.

- **De l'Autorité de la concurrence.** Même si elle se présente comme une innovation majeure en matière de gestion des risques juridiques et éthiques des activités économiques, la problématique de la *compliance* aux règles de concurrence n'est pas nouvelle et se manifeste depuis plusieurs décennies dans les dispositions du Code de commerce⁸⁶⁸. En effet, l'article L. 461-1 du code de commerce charge l'Autorité de la concurrence de veiller « *au libre jeu de la concurrence* » et d'apporter « *son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international* ». Elle doit en effet garantir que la liberté de production, de diffusion des biens et de services dont disposent les acteurs économiques ne donne pas lieu à des comportements portant atteinte au fonctionnement du libre jeu de la concurrence et de l'économie du marché. Pour réduire ces imperfections, il a fallu faire usage des fonctions de contrôle de la *compliance* dans le marché de la concurrence. Ainsi, après son premier document-cadre sur les programmes de conformité publié le 10 février 2012, l'Autorité de la concurrence a adopté un nouveau document-cadre de conformité le 24 mai 2022 pour marquer l'importance d'encourager les acteurs économiques de se doter d'un dispositif de *compliance*⁸⁶⁹ en faveur de la moralisation de l'activité économique. Ainsi, dans sa mission de contrôle des programmes de conformité, l'Autorité de concurrence dispose de différents instruments de nature répressive ou curative. L'article L. 464-2, alinéa 1^{er} et 2^e du Code de commerce accorde à l'Autorité de contrôle le pouvoir d'« *ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou leur imposer toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale...* » et d'« *infliger une sanction pécuniaire* ». En vertu de ce qui précède, cette politique est l'illustration tangible de la stratégie de gouvernance volontariste

⁸⁶⁷ O. BOULON, « Compliance et régulation financière : le rôle de l'Autorité des marchés financiers », In N. Borga, J.-C. Marin, J.-C. Roda (dir.) *La compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz 2018, p. 183.

⁸⁶⁸ B. LASSERRE, « Concurrence et bien public à travers la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, 2017.

⁸⁶⁹ Document cadre du 24 mai 2022 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence.

de prévention des risques de non-conformité, exprimant la volonté et la détermination des pouvoirs publics à insuffler une culture éthique aux acteurs économiques. L'objectif est non seulement de garantir une concordance entre leurs comportements et les règles de droit auxquels ils sont soumis, mais aussi de prévenir les risques et d'y faire face en cas de manquement aux obligations de *compliance*.

498. Les pouvoirs de contrôle de conformité à la réglementation RGPD de la CNIL pour moraliser les changements apportés par le numérique. Les mutations technologiques ont apporté beaucoup de changement dans les sociétés, notamment les pratiques des affaires. Elles ont aussi augmenté les risques juridiques, ainsi que les enjeux de traitement des données personnelles dans le monde des affaires. Pour leur encadrement, les obligations morales qui s'imposent pour leur utilisation ont profondément évolué. Effectivement, depuis l'adoption de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, abrogeant la directive 95/46/CE du Parlement européen et du conseil du 24 octobre 1995, la place de la conformité dans le domaine de la protection des données personnelles a connu une évolution similaire à celle observée dans les domaines commerciaux, économiques et financiers. L'objectif est de reconquérir la bataille perdue sur la régulation de la commercialisation et le partage des données sur le marché de la consommation. Dans cette perspective, les autorités de régulation sont chargées de contrôler le respect de la réglementation qui encadre l'utilisation des données par les responsables de traitement et les sous-traitants. La logique de la démarche de contrôle retenue par le RGPD est identique à celle de l'AFA : soit de procéder à un contrôle sur place ; soit de procéder à un contrôle sur pièce, par audition sur convocation ou à un contrôle en ligne⁸⁷⁰. À l'issue du contrôle, les éléments recueillis feront l'objet d'une analyse afin de déterminer le niveau de conformité aux dispositions du RGPD, constaté des manquements pour, le cas échéant, mettre en demeure l'entité contrôlée⁸⁷¹ de se conformer à la réglementation dans le délai imparti. Dans ce contexte, le RGPD impose aux acteurs de traitement des données personnelles, des obligations strictes de rationalisation de la commercialisation des données personnelles afin de réduire à un niveau acceptable les risques de traitement compte tenu de leur sensibilité (exemple, les données relatives à la santé, la vulnérabilité des personnes, *etc.*). Au regard de ce qui précède, il est possible d'affirmer qu'à travers les pouvoirs de contrôle

⁸⁷⁰ Ce mode de contrôle consiste à effectuer des vérifications depuis les locaux de la CNIL par consultation des données librement accessibles ou rendues accessibles directement en ligne à partir d'un service de communication au public en ligne, ou en déposant par exemple des traceurs, des *cookies* ou des mentions d'information à l'attention des utilisateurs.

⁸⁷¹ Article 7 du RGPD modifiant l'article 45, II de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

attribués aux régulateurs, la priorité pour le droit de la *compliance* est d'aider les acteurs économiques à ne pas tomber sous le coup de la loi en plaçant leur responsabilité en *ex ante* afin de retarder le processus l'intervention du juge.

B- La méthode procédurale inversée de moralisation des contrats d'affaires employée par les magistrats⁸⁷²

499. Le contrôle des magistrats, un enjeu majeur de l'effectivité du programme de *compliance*. L'originalité du droit français de la *compliance*, comme nous l'avons évoqué, se trouve dans le choix fait par le législateur français de prévoir un contrôle privé et administratif en *ex ante* du dispositif de *compliance*. La distribution du rôle de contrôle est assez conforme aux objectifs du droit de la *compliance*. En effet, le recours aux méthodes d'autorégulation, de responsabilisation des acteurs économiques et de contrôle du dispositif de *compliance* par les autorités administratives indépendantes semble s'expliquer par la nature organisationnelle de la *compliance*. Cette dernière repose fondamentalement dans la mission de prévention qui nécessite une collaboration entre autorités et acteurs économiques. Ainsi, les mécanismes de la *compliance* incitent toujours à rétrograder de la résolution *ex post* à la résolution *ex ante* des conflits. La procédure de régulation devient donc objet de collaboration entre acteurs économiques et autorités de régulation et la place qu'occupait le juge se retrouve affaiblie. Ainsi, il serait possible de se demander dans quelle mesure l'emprise de l'autorégulation fait obstacle au mécanisme du contrôle juridictionnel du respect des principes.

500. En principe, même avec le choix du processus d'autorégulation par le dispositif de *compliance*, le magistrat est loin de perdre sa place dans le processus de contrôle pour caractériser l'infraction de non-respect des obligations de *compliance*, ou pour atténuer ou exclure toute responsabilité pour une infraction de corruption ou de trafic d'influence qui ont souvent comme support les contrats d'affaires. C'est d'autant plus vrai que, pour affirmer sa détermination à instituer une véritable culture de probité auprès des acteurs économiques et être à la hauteur des nouveaux enjeux de prévention des risques systémiques qui menacent le monde des affaires, la France est devenue le premier pays européen à mettre en place auprès de la Cour d'appel de Paris, une Chambre spécialisée dédiée aux contentieux émergents portant sur le devoir de vigilance et la responsabilité écologique. Sa création en janvier 2024 s'inscrit dans la lignée visant à impliquer le juge dans la réalisation des « buts monumentaux ». Pour la

⁸⁷² Nous avons préféré employer le terme magistrat, plus large que celui de juge qui prend ici en compte non seulement le contrôle effectué par le parquet, mais aussi par le contrôle effectué par les juges du siège.

Professeur M.-A Frison Roche « *il devient tout aussi logique de faire également de la place au juge* » dans la mesure où « *le droit de la compliance ne se limite ni à la loi américaine Foreign corrupt practices Act (FCPA) ni à la loi française dite Sapin 2, qui ne sont qu'un exemple du droit de la compliance. Celui-ci vise tout un ensemble de mécanismes qui mettent à la charge d'entreprises en position de concrétiser des obligations que l'on aurait dites naguère de service public (...)* »⁸⁷³. Le magistrat comme acteur de moralisation des contrats d'affaires en sanctionnant le comportement fautif des acteurs économiques est donc omniprésent dans la mission de contrôle du respect des obligations de *compliance*, notamment à travers le contrôle exercé par le parquet de la Convention Judiciaire d'intérêt public (CJIP) inspiré du *Deferred Prosecution Agreement* (DPA) américain. Au regard de la construction du droit de la *compliance*, lequel impose des obligations de faire et de ne pas faire, il faut admettre que la responsabilité qui peut découler de leur manquement est une obligation morale qui est au cœur de la *compliance*. Qui dit « responsabilité » dit aussi « intervention du juge » en cas de comportement fautif des parties à un contrat.

501. La restructuration du cadre temporel des pouvoirs de contrôle du magistrat : une action subsidiaire. Dans un souci de permettre aux acteurs économiques de préserver leur réputation et de maintenir leur performance économique, il est devenu nécessaire que l'intervention du juge puisse s'exercer après épuisement de toutes les voies de contrôle de *compliance* qui se sont avérées infructueuses. Cette restructuration temporelle de l'intervention du juge est indissociable de la logique de la moralisation des contrats d'affaires introduites par la *compliance* : celle de rendre conforme à la morale les activités économiques par la prévention et la détection des risques juridiques. Ainsi, en matière civile, l'initiative de la procédure de contrôle du respect des obligations du dispositif de *compliance* n'appartient pas au juge. Il est saisi par les parties confrontées à des manquements de probité de leurs cocontractants, ce qui l'habilite *a priori* à exercer un contrôle.

502. Un arrêt récent de la Cour de cassation⁸⁷⁴ permet d'illustrer la temporalité de l'intervention du juge dans le contrôle des contrats d'affaires et de mettre en lumière l'analyse du dispositif de *compliance* à laquelle s'est livré le juge judiciaire. En l'espèce, un contrat d'agent d'affaires qui renvoyait aux obligations anticorruption de la Loi sur les prestataires de services aux entreprises (CSP Act) a été conclu entre une société commerciale française qui

⁸⁷³ M.-A., FRISON-ROCHE, « Le rôle du juge dans le Droit de la Compliance », Document de travail, aout 2021.

⁸⁷⁴ Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12817, J.-C Roda, *Contrat et compliance*, 10 mars 2020, Gazette du Palais.

vend des dispositifs médicaux et la filiale d'un groupe américain. De 2009 à 2010, la société française avait adhéré au guide de la *compliance* du groupe américain et souscrit à la politique globale de lutte anticorruption. En 2012, l'entreprise américaine a évité des amendes importantes grâce à un règlement avec le ministère de la Justice (DOJ) et la Commission fédérale des opérations boursières (SEC). Elle s'est engagée à renforcer les mesures internes pour assurer le respect des lois par ses filiales, son personnel et ses partenaires. À la suite de cet événement, la société française s'abstient de renouveler son adhésion à la certification de la politique de *compliance* du groupe américain malgré plusieurs mises en demeure. De ces constatations, le groupe américain résilia unilatéralement le contrat de représentation sans notification préalable. La société française saisit les tribunaux au motif d'une rupture brutale de la relation commerciale établie. La Cour de cassation, en tenant compte des exigences posées par le dispositif de *compliance* au regard de l'accord conclu entre les parties au contrat, considère que le manquement de la société française à ses obligations contractuelles, en ce qu'il pouvait éventuellement engager la responsabilité du groupe américain du fait de ce manquement, était suffisamment grave pour justifier la rupture de la relation commerciale même établie sans préavis. La norme de *compliance* est, dans ce cas d'espèce, prise en compte par le juge parce qu'elle matérialise un engagement contractuel de conformité.

503. La *compliance* est aussi liée au risque pénal de telle sorte qu'elle prend la forme technique du droit pénal, notamment pour des faits de corruption, de trafic d'influence ou de blanchiment qui sont des infractions de droit pénal des affaires. C'est pourquoi elle est indissociable à l'intervention du juge⁸⁷⁵. La loi « Sapin 2 » mentionne expressément la compétence du juge pénal pour contrôler, par le moyen de la peine complémentaire prévue à l'article 18 de ladite loi, le respect des obligations de *compliance* des acteurs économiques assujettis. Par conséquent, le pouvoir de contrôle de non-conformité exercé par le juge intervient après un premier contrôle assuré par d'autres instances (dirigeants, responsables de la conformité, autorités administratives). À ce titre, le contrôle qu'il va exercer sur la conformité du dispositif de *compliance* n'aura lieu que dans l'hypothèse où la violation des obligations de *compliance* pourrait constituer la commission d'une infraction pénalement répréhensible.

504. En somme, lorsque les autorités administratives de contrôle se comportent, sous couvert du droit de la *compliance* comme des juridictions, parce que chargés d'instruire, de rassembler des informations, de contrôler le respect des normes juridiques et éthiques, de

⁸⁷⁵ M.-A., FRISON-ROCHE, « Le rôle du juge dans le Droit de la Compliance », *op. cit.*, p. 3.

sanctionner le non-respect des obligations de conformité, etc., les juges n'ont pas d'autres choix que d'adapter leur rôle par rapport à ce schéma tracé par le droit de la *compliance* qui fait des acteurs économiques et des autorités administratives des juges *lato sensu*. Pour autant, la moralisation des contrats d'affaires est également un rôle attribué aux magistrats par le dispositif de *compliance*.

Sous-section 2 : L'efficacité des contrôles des contrats d'affaires en droit français par l'incitation contraignante à la *compliance*

505. Si l'un des objectifs des procédures de contrôle du dispositif de *compliance* est d'évaluer son efficacité et son effectivité à garantir la détection et la prévention des risques de non-conformité aux normes juridiques et éthiques dans les contrats d'affaires, un autre enjeu réside dans les effets qui découlent des contrôles en cas de manquements aux obligations imposées. Lorsque, nonobstant les observations et mises en demeure adressées par suite d'un contrôle de l'autorité administrative de régulation, les manquements constatés sont maintenus, la commission de sanctions pourrait être saisie.

506. Plan. Les nouvelles obligations de *compliance* imposées aux acteurs économiques qui remplissent les seuils socio-économiques d'assujettissement sont assorties de sanctions variées (A) et plus sévères (B).

A- La variété des sanctions prononcées

507. La diversité des sanctions répressives. Pour ne pas confier le prononcé de la sanction des manquements aux obligations de *compliance*, le législateur français a fait le choix de ne pas créer un délit de non-conformité⁸⁷⁶. Toutefois, même en l'absence de consécration d'un tel délit, les sanctions dont le prononcé est confié à des autorités de régulations administratives revêtent un caractère répressif⁸⁷⁷. En effet, se soumettre au processus de moralisation des contrats d'affaires par le respect des normes juridiques et l'adoption d'un comportement éthique n'est plus une option pour les acteurs économiques. Il découle de ces exigences une conséquence probatoire dans la mesure où les manquements aux obligations de *compliance* constatés par les autorités de contrôle pourraient donner lieu à des sanctions de différentes natures prononcées par la Commission des sanctions de l'AFA ou le procureur de

⁸⁷⁶ M. SEGONDS, « Compliance, proportionnalité et sanctions. L'exemple des sanctions prononcées par l'Agence française anticorruption », in M.-A. Frison Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, Dalloz 2021.

⁸⁷⁷ Commission des sanctions de l'AFA, Décision n° 19-02 du 7 février 2020, § 15.

la République. Ainsi, les manquements aux nouvelles obligations de *compliance* peuvent donner lieu à différents types de sanctions administratives et pénales.

508. La sanction pour entrave aux fonctions de contrôle de l'AFA. La phase de contrôle du dispositif de *compliance* par les régulateurs est un élément clé pour analyser l'efficacité opérationnelle des mesures mises en œuvre, nécessaires pour matérialiser le respect des normes juridiques et éthiques. Cette opération de contrôle implique des enjeux majeurs d'implication et de responsabilisation des acteurs économiques qui place ainsi la confiance au cœur du processus de contrôle. Dans sa fonction de contrôle de conformité des programmes de *compliance*, l'AFA dispose de larges pouvoirs mentionnés dans la Charte des droits et devoirs de parties prenantes au contrôle ; plus large que ceux des autres autorités administratives de contrôle (AMF, ACPR)⁸⁷⁸. Ses pouvoirs lui permettent dans ses missions de contrôle de demander à « *être habilité, par décret d'État, à se faire communiquer par les représentants de l'entité contrôlée tout document professionnel, quel que soit le support, ou toute information utile* » et « *procéder sur place à toute vérification de l'exactitude des informations fournies* »⁸⁷⁹. Dans ces perspectives, les représentants des entités contrôlées sont dans l'obligation de collaborer et toute entrave aux missions des agences de l'AFA les expose à une amende de 30 000 €⁸⁸⁰. Ainsi, conformément au décret n° 2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anticorruption, la lecture des articles 4 et 17 de la loi « Sapin 2 » nous permet de constater que des sanctions peuvent être prononcées même en l'absence de constatation d'un manquement aux obligations de *compliance* et dès le début de la procédure de contrôle sur lequel elles tirent leur fondement. En effet, la logique de la *compliance* pour atteindre les « buts monumentaux » incite les acteurs économiques à la coopération avec les autorités de contrôles en leur transmettant des informations pertinentes. Le sort de l'entité économique contrôlée peut se complexifier lorsque l'adoption du dispositif de *compliance* n'est pas efficace ou effective.

509. La sanction administrative par injonction de mise en conformité. L'utilité du dispositif de *compliance* à remplir sa fonction de moralisation des contrats d'affaires réside dans la nécessité de mettre en place des mesures préventives réelles, effectives et efficaces. Il n'a donc jamais été question de tolérer des mesures fantaisistes, élaborées sans réelle intention de mettre en place un dispositif préventif efficace. En vertu de l'article 17, section III, de la loi

⁸⁷⁸ V. Charte des droits et des devoirs des parties prenantes au contrôle émise le 5 octobre 2017 par l'Agence française anticorruption (AFA).

⁸⁷⁹ V. Article 4, alinéa 1^{er} et 2^{ème} de la loi n° 2016-1691 du 09 décembre 2016.

⁸⁸⁰ V. Article 4, alinéa 5 de la loi n° 2016-1691 du 09 décembre 2016.

« Sapin 2 », il est manifeste que les organes de surveillance ont énoncé cette hypothèse. Par conséquent, ils peuvent utiliser l'insuffisance ou la médiocrité du système de conformité comme critère pour décider s'il faut imposer une amende financière ou ordonner sa mise à jour. Par conséquent, si un manquement est constaté et après avoir mis en demeure l'entité contrôlée, laquelle est suivie par des avertissements, le directeur de l'AFA peut saisir la Commission des sanctions. Cette dernière peut alors imposer à l'entité de mettre en place des procédures de conformité internes dans un délai qui ne peut dépasser trois ans. Elle peut également infliger une amende financière, dont le montant ne peut pas dépasser 200 000 € pour les personnes physiques et un million d'euros pour les personnes morales sanctionnées⁸⁸¹.

510. Cette nouvelle forme de sanction qui est une technique d'internalisation du processus de moralisation des contrats d'affaires, a commencé à être mise en œuvre par la commission des sanctions de l'AFA. En effet, un manquement aux obligations de *compliance* pour insuffisance du dispositif a été illustré dans la deuxième décision de la commission des sanctions rendue le 7 février 2020 dans l'affaire *Imerys*. En l'espèce, ladite société spécialiste dans le domaine de l'extraction était poursuivie par l'AFA pour manquement à certaines obligations de la loi « Sapin 2 » : une cartographie des risques qui ne répond pas aux exigences légales, un code de conduite qui n'est pas actualisé et le défaut de mention des points de contrôle spécifiques exigé par la loi dans les procédures de contrôle des documents comptables. Sur les manquements constatés par l'agence, la commission des sanctions n'a retenu que les deux derniers manquements. Notons que, l'implication des autorités de régulation dans les sanctions des contrats d'affaires pour manquement aux obligations de *compliance* permet ainsi de mieux affirmer le caractère impératif du dispositif de *compliance* et de responsabiliser les parties au respect des normes juridiques et éthiques. Engagé dans cet esprit, la nature de la sanction des obligations de *compliance* peut varier en entrant dans le domaine du droit pénal.

511. La sanction pénale pour défaut d'exécution de la peine de mise en conformité. À titre préliminaire, il faut souligner que la création d'une peine de « programme de mise en conformité » par le législateur français est notamment faite dans l'optique de concurrencer les systèmes de peine de conformité étrangers, particulièrement ceux américains. Dans un objectif de protéger la probité et l'intégrité que tout contractant est en droit d'attendre dans les relations commerciales, les faits de corruption qui font de plus en plus parler d'eux dans les contentieux de la vie des affaires ont fait l'objet d'une attention particulière depuis l'adoption de la loi

⁸⁸¹ V. Article 17, IV et V de la loi n° 2016-1691 du 09 décembre 2016.

« Sapin 2 »⁸⁸². Ainsi, la création d'une nouvelle sanction pénale par le législateur a pour finalité de mettre à la charge du contrevenant, en plus de la sanction pénale qui pourrait être prononcée pour l'infraction de corruption ou de trafic d'influence, « *une obligation de se soumettre, sous le contrôle de l'Agence française anticorruption, pour une durée de cinq ans, à un programme de mise en conformité destiné à s'assurer de l'existence et de la mise en œuvre en son sein de mesures et procédures du II* »⁸⁸³. Ainsi, on pense que ce changement de perspective de rajouter l'obligation de mise en conformité dans la panoplie des sanctions pénales n'est pas moins intéressant que la démarche adoptée par le droit américain. Dans ce système juridique, la mise en place du dispositif de *compliance* à la suite d'une mise en demeure par l'autorité de régulation pourrait donner lieu à une atténuation ou à une exclusion de culpabilité. En effet, même si ces mesures ne sont pas envisagées par le droit français, dans l'esprit de la loi « Sapin 2 », la peine de mise en conformité pourrait être appréhendée comme un instrument capable de garantir, durant la période de mise à l'épreuve, la « rééducation » de l'acteur économique responsable d'un délit de corruption ou de trafic d'influence⁸⁸⁴ dans une relation contractuelle. Dès lors, il est possible de penser que ce mécanisme est une façon assouplie d'incorporer les règles morales dans les contrats d'affaires.

512. La sanction pénale négociée : la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP).

En se donnant les moyens pour tendre vers l'atteinte des « buts monumentaux », le législateur français consacre à travers la loi « Sapin 2 » une justice négociée largement inspirée⁸⁸⁵ du *Deferred Prosecution Agreement* américain qui permet au procureur de la République de conclure une CJIP avec un acteur économique pour manquement à la probité. Ce mécanisme de sanction vient moderniser les outils de la justice pénale en ce qui concerne les délits d'atteinte à la probité (corruption, trafic d'influence, fraude fiscale et leur blanchiment) et accorde un pouvoir discrétionnaire de restructuration aux autorités qui dictent les engagements à prendre par l'entité économique mise en cause. En effet, sa consécration traduit un changement de paradigme de répression de la délinquance économique et financière. Pour répondre aux impératifs de lisibilité et de célérité de la justice pénale, les nouveaux articles 41-1-2 et 41-1-3

⁸⁸² M. SEGONDS, « Le fait de corruption et la rupture des contrats... ou la difficulté pour le juge civil de nommer la corruption », *Gaz. Pal.*, 14 sept. 2021, n° 31, p. 65.

⁸⁸³ Article 131-9-2 (nouveau) du Code pénal et article 764-44 du Code de procédure pénale introduits par l'article 18 de la loi « Sapin 2 ». À cette « peine de mise en conformité », s'ajoutent une peine d'emprisonnement de 2 ans et une amende de 50 000 en cas d'abstention ou d'un obstacle d'exécution des obligations de conformité qui en découlent.

⁸⁸⁴ L. D'AMBROSIO, « L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption : un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2 », *op. cit.*

⁸⁸⁵ Article 22 de la loi « Sapin 2 ».

du Code de procédure pénale permettent au procureur de la République, avant la mise en œuvre de l'action publique, de proposer à la personne mise en cause d'une infraction économique, de conclure en contrepartie de l'abandon ou de la suspension des poursuites, une CJIP sans reconnaissance de culpabilité. Le dispositif impose le paiement d'une amende qui est proportionnelle aux avantages tirés des manquements constatés, la soumission de mise en place d'un programme de conformité sous la supervision de l'AFA⁸⁸⁶, et la réparation du préjudice de la victime, si cette dernière est identifiée. La CJIP a été adaptée aux enjeux économiques et sociaux actuels et répond ainsi à la logique de la fonction traditionnelle de la sanction pénale : rétribution, dissuasion et réinsertion. L'objectif est donc de punir sans entrer en voie de condamnation dans l'optique d'offrir la possibilité aux acteurs économiques mis en cause, non seulement de faire une économie des moyens que nécessite la longueur des procédures, mais aussi de préserver leurs réputations⁸⁸⁷.

513. Ainsi, en 2017, une première CJIP a été signée entre la Banque HSBC et le parquet national financier, validée par le président du tribunal de grande instance de Paris le 14 novembre 2017 à la suite d'une reconnaissance par la banque, des faits et des qualifications juridiques d'un certain nombre d'infractions pénales. Il s'agit de démarchage bancaire et de prospects de français ou résidant sur le territoire national, de blanchiment en bande organisée de fonds obtenus à l'aide de démarchages bancaires ou financiers illicites, et de blanchiment en bande organisée de fraudes fiscales. Cependant, ce n'est qu'en 2020, dans l'affaire *Airbus*, que les lignes directrices qui justifient le bien-fondé du recours à la CJIP ont été développées. Depuis sa création par la loi « Sapin 2 », le parquet national financier (PNF) ne cesse de signer des CJIP. Parmi les plus récentes, notons celle signée entre le PNF et la société française Guy Dauphin Environnement (GDE) le 15 mai 2023, à la suite d'une constatation lors des enquêtes préliminaires des faits de trafic d'influence actif entre 2007 et 2013 pour l'obtention d'une autorisation à l'établissement d'un centre d'enfouissement de résidus de broyage automobile (RBA) sur la commune de Nonant-le-Pin. Et aux termes de la convention judiciaire d'intérêt public environnementale, la société GDE s'est engagée à payer une amende d'intérêt public de

⁸⁸⁶ L'article 41-1-2 du code de procédure pénale prévoit au stade des sanctions la soumission de la mise en cause pour une durée maximale de trois ans et sous le contrôle de l'Agence française anticorruption (AFA), à un programme de mise en conformité destiné à s'assurer de l'existence et de la mise en œuvre en son sein (code de conduite, dispositif d'alerte interne, cartographie des risques, procédure d'évaluation des clients, fournisseurs et intermédiaires, procédures de contrôles comptables, formation du personnel exposé à la corruption, régime disciplinaire en cas de violation du code de conduite).

⁸⁸⁷ L'article 41-1-2 du CPP précise que « l'ordonnance de validation n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation. La convention judiciaire d'intérêt public n'est pas inscrite au bulletin n° 1 du casier judiciaire ».

1 230 000 euros. La première CJIP qui porte sur des faits d'entente illicite a récemment été signée entre le procureur de la République financier et la société Paprec Group. Il lui a été reproché des faits de blanchiment de fraude fiscale, corruption et entente illicite, recel et favoritisme. La CJIP qui prévoit une amende de plus de 17,5 millions d'euros, a été validée par le président du Tribunal judiciaire de Paris le 11 février 2025⁸⁸⁸. L'analyse de l'instrumentalisation de la CJIP permet de tirer d'importants enseignements. L'idée est donc d'inciter les acteurs économiques à révéler eux-mêmes leurs manquements à la probité et à coopérer spontanément avec les autorités de poursuites⁸⁸⁹.

514. En définitive, nous pouvons d'ores et déjà souligner que la diversification des sanctions pour manquement aux nouvelles obligations de *compliance* est un des éléments qui conforte la volonté du droit français de concrétiser l'effectivité de la moralisation des contrats d'affaires. Ainsi, avec la place centrale qu'elles occupent dans le droit de la *compliance*, les sanctions deviennent des instruments d'orientation des comportements et de garantie du respect des normes juridiques et éthiques. C'est sans doute à ces fins, pour atteindre les « buts monumentaux », que le cadre normatif de la *compliance* est moins favorable au regard du durcissement des sanctions de non-conformité prononcées à l'encontre des contrats d'affaires.

B- Le durcissement des sanctions prononcées

515. Le renforcement de l'arsenal répressif de la *compliance* au service d'une politique incitative. Comme nous l'avons vu, la loi « Sapin 2 » a renforcé le dispositif de sanction des comportements déviants le respect des normes juridiques et éthiques auxquelles sont soumis les acteurs économiques assujettis à un programme de *compliance*. Ont ainsi été créés par le législateur français, la peine de mise en conformité, la Convention Judiciaire d'intérêt public (CJIP), des amendes et des mesures administratives, des peines d'emprisonnement, le versement de dommages et intérêts, *etc.* Pour développer efficacement les outils de *compliance*, dont l'une des finalités est de moraliser les contrats d'affaires par l'internalisation des normes éthiques, il fallait donc mettre en place un cadre de sanction plus favorable à la réalisation de cet objectif d'incitation à la *compliance*. À cet effet, même s'il n'en reste pas moins discutable, le durcissement des sanctions en matière de *compliance* est apparu comme une arme efficace et nécessaire afin de garantir sa crédibilité face à des acteurs

⁸⁸⁸ TJ Paris, 11 févr. 2025, n° 15-2025.

⁸⁸⁹ A. MIGNON COLOMBET, « La convention judiciaire d'intérêt public : vers une justice de coopération ?, AJ pénal 2017, 68.

économiques de plus en plus contrevenants dans leurs relations d'affaires. Aujourd'hui, outre les sanctions administratives des commissions des sanctions de l'AFA et de l'AMF auxquelles s'expose un contractant qui commet un manquement à la probité, il convient également de souligner que l'ensemble des obligations de *compliance* incombant aux acteurs économiques assujettis est sanctionné pénalement en cas de non-respect. Le durcissement des sanctions de non-conformité, comme nous venons de la voir, apparaît non seulement à travers l'arsenal de répression administrative et pénale mise en place par la loi « Sapin 2 », mais aussi à travers les lourdes sanctions déjà prononcées par l'AFA et le Parquet national financier (PNF). Cette réalité concrète de durcissement des sanctions du non-respect des dispositifs de *compliance* peut également être constatée sur celles appliquées aux abus de marché et celles appliquées à la violation de la réglementation RGPD.

516. Le relèvement des sanctions appliquées aux abus de marché. La majorité des nouvelles obligations de *compliance* est sanctionnée pénalement et administrativement. Pour les abus de marché relevant de la compétence de l'Autorité des marchés financiers (AMF), les sanctions qu'encourent les acteurs du marché financier ont été fortement renforcées. En effet, la loi française n° 2016-819 du 21 juin 2016 qui transpose la directive 2014/57 du 16 avril 2014, en utilisant la liberté offerte aux États membres de choisir la sanction la plus répressive que les *minima* imposés par les dispositions européennes, renforce les sanctions pénales des abus de marché en prévoyant des peines maximales. Ainsi, par le relèvement des peines, le juge pénal peut infliger des sanctions pénales appliquées aux abus de marché qui passe à 5 ans d'emprisonnement (ce n'est plus 2 ans pour les délits d'initié et 1 an pour le délit de communication d'information privilégiée) et 100 millions d'euros d'amende (au lieu de 1, 5 millions d'euros pour le délit d'initié et 150 000 euros pour le délit de communication d'information privilégiée qui s'appliquaient auparavant)⁸⁹⁰. Il faut donc souligner que cette réforme vient aligner les plafonds des sanctions pécuniaires pénales que le juge peut infliger à ceux des amendes que l'AMF peut prononcer en matière d'abus de marché, lesquelles avaient également bénéficié d'un relèvement à 100 millions d'euros⁸⁹¹. Ce durcissement des sanctions a notamment pour objectif de renforcer la confiance des parties prenantes. Cependant, même si le régime des sanctions des abus de marché est dual, puisque les sanctions peuvent être de

⁸⁹⁰ Article L. 465-1 à L. 465-3-5 du code monétaire et financier.

⁸⁹¹ Article L. 621-15, III a) du code monétaire et financier.

nature administrative ou de nature pénale, eu égard au principe de *non bis in idem* appliqué par le Conseil constitutionnel, le cumul des poursuites pénales et administratives est interdit⁸⁹².

517. Le durcissement des sanctions de non-respect de la réglementation RGPD dans les contrats d'affaires. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, dite RGPD, qui transpose la directive n° 2016/680 du parlement européen et du conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, les pouvoirs de sanction de non-conformité de la CNIL ont été renforcés. En effet, l'objectif de rendre « effectives et dissuasives » les sanctions prononcées par la CNIL apparaît explicitement à l'article 83 du RGPD. Ainsi, pour des manquements au RGPD portés à sa connaissance ou constatés, notamment dans le cadre du traitement des données lors de l'exécution d'un contrat commercial ; outre les mesures qu'elle peut prendre (avertissements, injonction de mise en conformité qui peut être assortie d'une astreinte dont le montant ne peut dépasser 100 000 euros par jour de retard, retrait de la certification, etc.), lorsque les injonctions n'ont pas été dissuasives, la CNIL peut prononcer des sanctions administratives. Par conséquent, une amende administrative limitée à 10 millions d'euros ou 2 % du chiffre d'affaires annuel mondial peut être infligée pour les manquements les moins graves. Cette amende est portée à 20 millions d'euros et 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial pour les manquements les plus graves. Et conformément aux dispositions des articles 226-16 et 226-24 du Code pénal, le juge peut, en cas d'atteinte aux droits de l'individu, prononcer des sanctions pouvant aller jusqu'à 5 ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende. Nous pouvons relever un certain nombre de sanctions pour illustrer ce durcissement des sanctions de non-conformité à la réglementation⁸⁹³. En premier lieu, il s'agit de l'amende de 50 millions d'euros prononcée par la CNIL à l'encontre de Google en 2019 pour des faits de manque de transparence, d'informations insuffisantes des utilisateurs sur les traitements effectués et d'absence de consentement éclairé pour la personnalisation de la publicité entraînant un défaut de base légale. Et en second lieu, des récentes sanctions pécuniaires de 2 250 000 euros et 800 000 euros du groupe Carrefour, prononcées dans deux décisions par la CNIL le 18 novembre 2020 qui a identifié trois manquements des obligations mentionnées dans des dispositions du règlement. Il s'agit de

⁸⁹² Cons. const. 18 mars 2015, n° 2014-453 et 2015-462 QPC. À la suite de cette décision, le Conseil constitutionnel interdit le cumul des sanctions pénales et administratives à l'encontre d'une même personne et pour les mêmes faits. Et Pour répondre à cette interdiction, le législateur français, à travers la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016, organise un régime de concertation préalable entre le Parquet national financier et l'Autorité des marchés financiers visant à faire respecter la règle *non bis in idem*.

⁸⁹³ S. LACROIX DE SOUSA, « Les sociétés face au RGPD : les enjeux de la compliance », *op. cit.*

l'obligation d'informer les personnes (article 13), l'obligation de limiter la durée de conservation des données (article 5.1. e), et l'obligation de traiter les données de manière loyale (article 5).

Ainsi, même s'il y a une certaine défiance sur les réels objectifs portés par la *compliance* que certains auteurs qualifient de *business* de la conformité⁸⁹⁴, il faut reconnaître que le durcissement des sanctions se fait dans l'optique d'insuffler des valeurs morales et un esprit éthique pour tout traitement des données personnelles effectué dans les relations contractuelles.

518. Conclusion de la section 2. Comme nous l'avons exposé, le phénomène de la globalisation économique et l'avènement de la *compliance* ont développé de nouvelles méthodes de régulation des activités économiques. Et pour être en harmonie avec la logique de la *compliance*, fondée sur un processus de prévention et d'orientation de la conduite des acteurs économiques, le législateur français a renforcé le pouvoir des acteurs de contrôle en leur attribuant des obligations de prévention et un devoir de vigilance. Il a également diversifié et endurci les sanctions afin de rendre audibles les règles juridiques et éthiques. Donc, face à un tel mouvement de moralisation des contrats d'affaires qui est en plein essor, seuls des contrôles efficaces et des sanctions dissuasives pourraient garantir un juste équilibre entre performance économique et intérêt général. Il est indéniable que la dimension pénale demeure incertaine, car l'État cherche à renforcer son système pénal pour sanctionner les infractions à l'intégrité tout en protégeant les intérêts économiques et sociaux.

⁸⁹⁴ S. Rolland, Protection des données : le chaotique business de la conformité RGPD : www.latribune.fr/technos-medias/internet/protection-des-donnees-le-chaotique-business-de-la-conformite-772922.html ; cité par S. LACROIX DE SOUSA, « Les sociétés face au RGPD : les enjeux de la compliance », *op. cit.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

519. La *compliance* est incontestablement aujourd'hui un élément stratégique et organisationnel qui vient accompagner le processus de changement de culture éthique dans les contrats d'affaires. C'est un mécanisme de conduite, une norme de comportement qui fait usage de la règle de droit, pour indiquer l'impératif de respecter la règle morale. Le doyen Carbonnier avait déjà abondé dans ce sens en affirmant que « *si la règle de droit s'approprie très fréquemment une règle morale, la règle morale peut se nourrir des règles de droit : il y a une morale civique, qui résume son impératif dans le respect de la cité* »⁸⁹⁵. À travers la *compliance*, le lien qui existe entre le droit et la morale n'est pas un mythe. Ces contours vont de l'éthique, par l'adoption spontanée de comportements vertueux et la prise en compte des valeurs et des intérêts d'autrui, à l'engagement par l'acteur économique à une *compliance* choisie, laquelle fait émerger des demandes sociétales à se soumettre à des obligations pour tendre vers l'atteinte des « buts monumentaux ». Ainsi, face à la globalisation de l'économie qui a démontré les limites des États à mener seuls des actions de régulation pour éradiquer les comportements illégaux dans les contrats d'affaires, en droit français, miser sur le dispositif de *compliance* devient un choix stratégique pour concilier profit économique et éthique.

520. Ainsi, avec l'accroissement de la multiplication et de la complexification des réglementations et des normes nationales et internationales, la non-conformité est devenue un risque non seulement de performance et de pérennité, mais aussi de réputation. Pour conforter la cohésion et la relation de confiance dans les contrats d'affaires devant des comportements manifestement déviants, cela implique nécessairement la mise en place d'un référentiel éthique qui permet de développer des valeurs comportementales et des règles de conduite. En droit français, des obligations d'ordre éthique ont ainsi vu le jour dans le monde des affaires. L'objectif est de régir les relations entre acteurs économiques et collaborateurs et de les obliger à prendre en compte l'impact de leurs actions et de leurs engagements sur leur environnement économique et sociétal.

521. En somme, cette décentralisation du système de régulation de l'activité économique nous conduit à faire des observations sur l'efficacité du lourd dispositif de *compliance* en droit français. En effet, la multiplication des sources législatives et réglementaires déployées pour mettre en œuvre les obligations de *compliance* imposées et le

⁸⁹⁵ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois, Chapitre 6, Les phénomènes d'inter-normativité*, Defrénois, 1995, p. 294.

renforcement des acteurs de contrôle pourraient sans doute provoquer, une complexification et une incertitude dans l'anticipation. Ce qui remet en question la méthode de gestion du dispositif de *compliance*. En effet, tout le poids et le coût de la mise en place du dispositif et de son contrôle sont transférés aux acteurs économiques assujettis qui sont chargés, sous la supervision des pouvoirs publics, d'organiser en leur sein les mesures de transparence et de respect des règles juridiques et éthiques auxquelles ils sont soumis. À cet égard, les PME et PMI qui sont aussi soumises au dispositif de *compliance*, notamment à la conformité au RGPD, contrairement aux grandes entreprises qui ont les moyens pour supporter les charges de *compliance*, pourraient se retrouver en situation de non-conformité par manque de moyens humains et financiers. Le droit de la *compliance* est appelé à se développer afin de donner des réponses communes face aux nombreux défis d'ordre juridique et éthique que le monde des affaires doit désormais relever.

Chapitre 2 : L'émergence de la *compliance* pour moraliser les contrats d'affaires en droit sénégalais

522. Le déploiement de mécanismes incitatifs qui se rattachent substantiellement à l'idée de *compliance* en droit sénégalais. Avec la dynamique de construction de nouveaux cadres normatifs de régulation des activités économiques, on assiste sous l'ère de l'ouverture des frontières économiques⁸⁹⁶ à une « *recomposition de l'environnement juridique mondial sous les auspices des lois du marché* »⁸⁹⁷. Pour rappel, l'avènement de la *compliance* est entendu comme une procéduralisation⁸⁹⁸ des instruments d'orientation de la conduite humaine par des normes juridiques et éthiques. À cet égard, l'irruption de la *compliance* comme outil d'atteinte des « buts monumentaux » dans un système juridique où la réglementation est souvent frappée d'inaffectivité ou d'inefficacité, suppose de développer une culture du respect du principe de légalité⁸⁹⁹. Dans cette perspective, le droit sénégalais à travers certains textes, à l'exemple de la loi n° 2024-08 du 14 février 2024 qui abroge loi n° 2018-03 du 23 février 2018 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, la loi n° 2008-12 du 15 janvier 2008 relative à la protection des données à caractère personnel, et la loi n° 2025-14 du 4 septembre 2025 portant statut et protection des lanceurs d'alerte, a fini par donner de l'importance aux dispositifs de *compliance* comme mode de régulation des comportements sociaux, même si son développement apparaît comme inachevé.

523. Plan. Ainsi, même si nous pouvons identifier des percées des règles de la *compliance* dans les contrats d'affaires sénégalais (**Section 1**), nous avons constaté que, pour différentes raisons, leur intégration en droit sénégalais pose encore des défis. Il faut donc renforcer les outils de contrôles et de sanctions (**Section 2**) afin de garantir l'effectivité et l'efficacité des obligations de *compliance* en droit sénégalais.

⁸⁹⁶ M. BAKHOUM, « Cohérence institutionnelle et effectivité d'une politique régionale de la concurrence : le cas de l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA) », *RIDE*, vol. xxv, n° 3, 2011, p. 305.

⁸⁹⁷ A. Cissé, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », *RIDE*, t. XVIII, n°2, 2004, p. 198.

⁸⁹⁸ L. PEREZ, *La volonté des parties dans les procédures de régulation*, Thèse Droit, Université Montpellier, 2019, p. 481 et s.

⁸⁹⁹ M.-M. SALAH, « Conception et application de la *compliance* en Afrique », in M.-A. Frison Roche (dir.), *Les outils de la compliance*, op. cit., p. 166 : « la *compliance* appelle un ordre juridique sophistiqué dans lequel le droit, dont la primauté n'est pas contestée par personne, secrète des dispositifs impliquant les destinataires de ses normes dans sa mise en œuvre effective ».

Section 1 : Identification des percées de la *compliance* dans les contrats d'affaires en droit sénégalais

524. L'élaboration progressive des règles de *compliance* dans les contrats d'affaires sénégalais. Face aux « buts monumentaux » auxquels tous les systèmes juridiques sont aujourd'hui confrontés, le droit sénégalais ne fait pas l'exception. En effet, la lutte contre la corruption, la lutte contre le blanchiment de capitaux, la lutte contre les fraudes financières, la protection des données personnelles, les abus de marché, *etc.*, sont des préoccupations intégrées en droit sénégalais. Il est indéniable que la manière de concevoir le droit des contrats d'affaires évolue, se dirigeant vers une moralisation progressive. Cette évolution a entraîné l'émergence de textes exigeant des acteurs économiques un comportement aligné sur des principes éthiques, matérialisés par de nouvelles obligations.

525. Plan. Seront étudiées ici, la réception légale des exigences de *compliance* au sein de la législation sénégalaise d'une part (**sous-section 1**), et la réception des exigences de *compliance* au sein des institutions multilatérales (**sous-section 2**) d'autre part.

Sous-section 1 : Réception légale des exigences de *compliance* au service de la moralisation des contrats d'affaires en droit sénégalais

526. Le phénomène de *compliance* dans les contrats d'affaires en droit sénégalais. Si on reprend la définition de la *compliance* qui s'entend comme « *la mise en place, la documentation et la justification régulière de la conformité aux normes dans différents domaines du droit, en particulier ceux qui sont soumis à une régulation spécifique ou à une surveillance des risques (fraude et corruption, questions éthiques, sécurité physique ou informationnelle, etc.)* »⁹⁰⁰, l'effectivité de sa consécration en droit des contrats d'affaires sénégalais pourrait nous sembler paradoxale. En effet, le fonctionnement de l'ordre social et contractuel illustre la triste réalité de la préférence d'une éthique fondée sur les traditions et coutumes qui privilégie la protection des siens, donc peu favorable à la réception de la *compliance*⁹⁰¹. Cependant, même s'il faut nuancer son effectivité, l'examen des dispositifs du droit interne sénégalais, des réglementations sous-régionales et internationales, fait apparaître

⁹⁰⁰ L.-M. AUGAGNEUR, « La *compliance* a-t-elle une valeur ? », *op. cit.*

⁹⁰¹ M.-M. SALAH, « Conception et application de la *compliance* en Afrique », in M.-A. Frison Roche (dir.), *Les outils de la compliance*, *op. cit.*, p. 166.

une tendance en faveur de la réception légale des exigences de *compliance* en droit des contrats d'affaires sénégalais.

527. Plan. C'est au début des années 2000 que les premières traces de ce que nous pouvons considérer comme des exigences de *compliance* ont fait leur apparition en droit sénégalais. En effet, progressivement et sur initiative des autorités publiques, l'esprit de la *compliance* se manifeste dans les contrats d'affaires sénégalais sous l'effet des obligations légales qui découlent du traitement des données personnelles (A) et de l'obligation de vigilance imposée aux institutions financières (B).

A- L'encadrement légal du traitement des données personnelles

528. La *compliance*, outil de garantie des valeurs fondamentales. L'idéologie contemporaine des contrats d'affaires se traduit par des exigences de respect des normes juridiques et éthiques, car les abus de marché, les excès de pouvoir des acteurs économiques, en particulier, et les manquements à la réglementation en vigueur en général, font obstacle à la promotion de certaines valeurs reconnues comme fondamentales. En effet, dans un monde en pleine mutation, où « *la forme d'expression de l'économie — est devenue numérique* »⁹⁰², les données personnelles⁹⁰³ sont considérées comme des biens marchands, voire comme de véritables matières premières pour les géants du numérique (Google, Facebook, Amazon, Microsoft). Elles font naître des contrats d'affaires, comme la vente et la location de fichier de données personnelles, de sous-traitance de traitement de données personnelles, etc. Ce phénomène rend difficile la possibilité de concilier la création de valeur économique résultant du traitement des données personnelles, et la protection des valeurs et libertés fondamentales. Même si l'utilité sociale et économique du traitement des données personnelles n'est pas contestée, pour préserver le respect des valeurs fondamentales, il faut toutefois trouver un

⁹⁰² A. SAKHO, « Le numérique est la forme d'expression de l'économie contemporaine », *Sud Quotidien*, 7 juin 2017, <https://fr.allafrica.com/stories/201706071005.html>.

⁹⁰³ En droit sénégalais, la notion de données personnelles est largement inspirée de loi française de 1978. Le point 6 de l'article 4 de la loi n° 2008-12 du 25 janvier 2008 définit la notion de données à caractère personnel comme « toute information relative à une personne physique identifiée ou identifiable directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments, propres à son identité physique, psychologique, génétique, psychique, culturelle, sociale ou économique ». Les données sont donc considérées comme ayant le caractère personnel, dès lors que la personne physique peut être identifiée directement ou indirectement par des informations relatives à son identité, à sa vie privée, professionnelle ou publique. Et pour faire l'économie des débats comme ce fut le cas en France et en Europe, le législateur sénégalais a fait le choix dans cette loi de 2008 de considérer l'adresse IP comme une donnée à caractère personnel dans la mesure où elle permet d'identifier une machine et par conséquent de retrouver son utilisateur. R. SARR, *L'impact du règlement européen 2016-679 du 27.04.2016 relative aux traitements des données à caractère personnel sur la pratique des entreprises établies en France et au Sénégal*, Thèse de Droit, UCAD, 2019, p. 70.

équilibre, entre la création de valeur et la protection des droits fondamentaux. Les enjeux sont donc ambivalents : liberté de circulation de l'information d'un côté, et protection des libertés et valeurs fondamentales, de l'autre côté. Donc, le défi aujourd'hui c'est de réussir à concilier ces intérêts antagonistes en développant une culture au respect de normes juridiques et éthiques.

529. Ainsi, s'inspirant de la loi française n° 78-17 du 6 janvier 1978, modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, et prenant pour base les principes directeurs édictés par l'Assemblée générale de l'ONU en 1990 sur la réglementation des fichiers contenant des données à caractères personnels, le législateur sénégalais a adopté en 2008 une loi qui offre un cadre juridique à la protection des données à caractère personnel⁹⁰⁴. L'objectif est de combler le vide juridique qui existait dans ce domaine en droit sénégalais⁹⁰⁵ et de prévenir les risques inhérents à leur traitement, notamment lorsqu'elles font l'objet de dispositions contractuelles. Les objectifs clés de la loi n° 2008-12, datée du 12 janvier 2008 et régissant la protection des informations personnelles, sont énoncés dans son article premier. Il s'agit, d'une part, de « *lutter contre les atteintes à la vie privée susceptible d'être engendrées par la collecte, le traitement, la transmission, le stockage et l'usage des données à caractère personnel* ». D'autre part, de garantir que le traitement des données personnelles, quelle que soit la forme utilisée, « *respecte les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques* »⁹⁰⁶. Alors, il nous apparaît que ses objectifs traduisent des obligations morales imposées aux acteurs qui collectent et qui traitent des données personnelles, notamment le respect des principes fondamentaux et des règles de protection des personnes consacrés par la loi, sous le contrôle d'une autorité administrative de régulation.

530. L'émergence de nouvelles obligations de *compliance* dans le traitement des données personnelles dans l'environnement juridique sénégalais : la licéité du traitement. Les données personnelles se sont révélées dans une ère du numérique, comme des ressources très convoitées⁹⁰⁷ par les acteurs économiques, notamment les géants du numérique. Conformément à l'exposé des motifs de la loi n° 2008-12 du 25 janvier 2008 relative à la protection des données à caractère personnel, la collecte et le traitement doivent se faire « *dans le respect des droits, des libertés fondamentales, de la dignité des personnes physiques* ». À cet

⁹⁰⁴ Loi n° 2008-12 du 25 janvier 2008 relative à la protection des données personnelles.

⁹⁰⁵ M. NGOM, « Les données personnelles dans l'environnement juridique sénégalais », in actes séminaire « Informatique et liberté, quel cadre juridique pour le Sénégal ? », Dakar, 29 et 30 août 2005.

⁹⁰⁶ Ces mêmes objectifs ont été posés dans l'article 1^{er} de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifié par l'article 54 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016.

⁹⁰⁷ J.-B. DIOUF, *La protection des données à caractère personnel : un nouveau défi de sécurité juridique*, Thèse de Droit, UCAD, 2020, p. 178.

égard, la législation sénégalaise sur la protection des données personnelles est un instrument de protection des droits et libertés fondamentaux de la personne physique. En effet, dès lors qu'elles constituent une nouvelle devise de l'économie du numérique, cette dernière trouvera sa légitimité seulement lorsque les acteurs se soumettent au respect des obligations légales de traitement des données personnelles : se conformer à un traitement licite, loyal et transparent. Ainsi, la réglementation dénombre un certain nombre d'obligations face à un nouveau défi de sécurité juridique de protection des droits fondamentaux de la personne. Elle exige plusieurs conditions pour que le traitement des données à caractère personnel puisse être considéré comme légitime, telles que : le consentement de la personne ; la loyauté, la licéité et la transparence du traitement des données ; ainsi qu'un traitement compatible avec la finalité de la collecte, lesquels sont conforme à la finalité morale de la *compliance*.

531. Le consentement de la personne. Le premier alinéa de l'article 33 de la loi de 2008 met l'accent sur l'obligation de consentement comme principe de base du traitement des données personnelles. Il dispose que « *le traitement des données à caractère personnel est considéré comme légitime si la personne concernée donne son consentement* »⁹⁰⁸. Le consentement apparaît comme base légale à tout traitement de données personnelles. Il doit notamment être libre, informé, explicite et non équivoque. Ces conditions sont énoncées au point 4 de l'article 4 de ladite loi⁹⁰⁹. En considération de ce principe, une collecte de données personnelles à laquelle la personne concernée n'a pas consenti ne peut faire l'objet d'une disposition contractuelle. En effet, le consentement étant la base légale de tout traitement des données personnelles, c'est lui qui confère au fichier son caractère licite. À titre d'exemple, son absence pourrait justifier la nullité d'une cession de fichier de clientèle pour illicéité de l'objet du contrat. Par conséquent, toutes données personnelles collectées sans le consentement de la personne concernée seraient hors du commerce.

532. Ainsi, pour être en conformité avec les dispositions de la loi, les responsables de traitement sont soumis à une obligation de vigilance dans les contrats commerciaux afin de s'assurer du respect du principe posé par l'article 33, alinéa 1^{er}. Cette obligation d'obtenir le consentement de la personne concernée qui est au centre des priorités, nous la retrouvons intégrée dans les dispositions du droit français à travers la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative

⁹⁰⁸ Article 33, alinéa 1^{er} de la loi n° 2008-12 du 25 janvier 2008, *op. cit.*

⁹⁰⁹ Article 4, point 4 de la loi n° 2008-12 du 25 janvier 2008, *op. cit.* Le consentement de la personne concernée correspond à « *toute manifestation de la volonté expresse, non équivoque, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée ou son représentant légal, judiciaire ou conventionnel, accepte que ses données à caractère personnel fassent l'objet d'un traitement manuel ou électronique* ».

à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles. Aux États-Unis, où il n'existe que des textes sectoriels et non une réglementation générale sur la *privacy*⁹¹⁰, le consentement effectif et éclairé du consommateur est exigé pour le transfert de ses données personnelles aux professionnels.

533. La licéité, la loyauté et la transparence, outils de moralisation du traitement des données personnelles. La loi sénégalaise sur la protection des données personnelles, tout comme la loi française de 1978, dite « loi informatique et liberté »⁹¹¹, garantit le respect des principes de licéité, de loyauté et de transparence, qui sont repris au niveau européen par le RGPD⁹¹². Ces principes qui incorporent des exigences morales dans le traitement des données sont énoncés aux articles 34 et 37 de la loi de 2008 sur la protection des données à caractère personnel⁹¹³. Au regard de ces dispositions, la licéité s'apprécie sur le fondement juridique de la collecte, c'est-à-dire au regard du respect de la règle de droit, ici du consentement exigé. L'obligation de transparence s'apprécie quant à elle au regard des modalités de collecte des données personnelles. Toutefois, plus délicate à établir, le respect de l'obligation de loyauté et de transparence nécessite l'observation de plusieurs obligations par le responsable du traitement. C'est notamment une obligation d'information, une obligation de garantir l'exercice des droits d'accès et d'opposition, une obligation de garantir la conservation limitée des données traitées, une obligation de garantir la confidentialité et la sécurité des données traitées, etc. Ainsi, à notre sens, l'ensemble de ces obligations qui conditionnent la légitimité juridique de tout traitement apparaît comme une exigence morale, parce que permettant le respect des droits humains.

⁹¹⁰ V. en ce sens, S. GRYNWAJC, « La protection des données personnelles aux États-Unis, dans l'UE et au Canada : analyse comparative (1^{ère} partie) », consulté en ligne, le 22 septembre 2023, <https://www.transatlantic-lawyer.com/fr/la-protection-des-donnees-personnelles-aux-etats-unis-dans-lue-et-au-canada-analyse-comparative-1/> « Aux États-Unis, la réglementation fédérale, portée par un certain nombre de lois telles que le *Fair Credit Reporting Act* de 1970 (FCRA), le *Health Insurance Portability and Accountability Act* de 1996 (HIPAA), le *Gramm-Leach-Bliley Act* de 1999 (GLBA), le *Children's Online Privacy Protection Act* de 1998 (COPPA), le *Privacy Act* de 1974, ou le *Freedom of Information Act* de 1966 (FOIA), s'applique parallèlement à un corpus de centaines de lois étatiques sur la protection des données personnelles ».

⁹¹¹ Article 6, 1° de la loi informatique et libertés, « un traitement ne peut porter que sur des données à caractère personnel qui [...] sont collectées et traitées de manière loyale et licite ».

⁹¹² Le considérant 39 énonce que, « le fait que des données à caractère personnel concernant des personnes physiques sont collectées, utilisées, consultées ou traitées d'une autre manière et la mesure dans laquelle ces données sont ou seront traitées devraient être transparents à l'égard des personnes physiques concernées ».

⁹¹³ Article 34 et 37 de la loi n° 2008-12 du 25 janvier 2008, *op.cit.* Ils disposent successivement que : « la collecte, l'enregistrement, le traitement, le stockage et la transmission des données à caractère personnel doivent se faire de manière licite, loyale et non frauduleuse »⁹¹³, et que « le principe de transparence implique une information obligatoire de la part du responsable du traitement portant sur les données à caractère personnel ».

534. Un traitement compatible avec les finalités de la collecte. Le principe de finalité⁹¹⁴ est énoncé à l'article 35, alinéa 1^{er} de la loi sénégalaise relative à la protection des données personnelles. Il dispose que « *les données doivent être collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne peuvent pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités* »⁹¹⁵. Cette disposition pose implicitement une obligation d'information qui exige du responsable de traitement, avant tout collecte et traitement des données personnelles, d'informer les personnes concernées de ce à quoi la collecte des données va lui servir. Il faut constater que ce principe de finalité est étroitement lié à l'exigence de consentement et de transparence. Ainsi, à titre d'illustration, lorsque les données personnelles sont collectées à titre de cession, de location ou d'échange, les objectifs définis de façon précise avant la mise en œuvre du traitement des fichiers de clients ne doivent pas être détournés par la suite pour être utilisés dans des opérations techniques de prospection commerciale ou de l'élaboration de statistiques commerciales.

535. Le principe d'exactitude : une exigence éthique. Nous pouvons relever une autre forme d'incorporation de la morale dans le traitement des données personnelles. Elle apparaît dans l'exigence de répondre au principe d'exactitude prévu à l'article 36 de la loi sur la protection des données à caractère personnel⁹¹⁶. En effet, il est exigé du responsable de traitement avant toute utilisation, de prendre la mesure de s'assurer avec une certitude raisonnable l'exactitude des données et leur mise à jour. Ce principe d'exactitude des données doit être apprécié, au même titre que le principe de proportionnalité⁹¹⁷ qui implique une conservation des données pour une durée qui n'excède pas la période nécessaire aux finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées. À ce titre, notons que les acteurs de traitement des données personnelles sont donc astreints à une obligation générale de sécurité et de respect des valeurs et droits fondamentaux dans toute opération de collecte et de traitement. Et pour contrôler le respect de la réglementation en vigueur, le législateur sénégalais institue une autorité administrative indépendante.

⁹¹⁴ Ce principe a été reconnu par la loi « informatique et libertés » à l'article 6, 2° qui prévoit que les données à caractère personnel « *sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités* ». Le législateur sénégalais reprend avec similitude cette disposition. Le principe de finalité a été réaffirmé par le RGPD à l'article 5, 1, b) qui reprend mot pour mot les dispositions de l'article 6, 2° de la loi « informatique et libertés ».

⁹¹⁵ Article 35, alinéa 1^{er} de la loi n° 2008-12 du 25 janvier 2008, *op. cit.*

⁹¹⁶ Article 36 de la loi n° 2008-12 du 25 janvier 2008, *op. cit.* qui dispose que « *les données collectées doivent être exactes et, si nécessaire, mises à jour. Toute mesure raisonnable doit être prise pour que les données inexacts ou incomplètes, au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées ultérieurement, soient effacées ou rectifiées* ».

⁹¹⁷ Article, 35 alinéa 3 de la loi n° 2008-12 du 25 janvier 2008, *op. cit.*

536. Les pouvoirs de contrôles à la Commission des Données Personnelles (CDP).

Dans le souci de garantir le respect des règles juridiques et éthiques en vigueur, le législateur sénégalais a prévu dans la loi n° 2008-12 du 25 janvier 2008 relative à la protection des données à caractère personnel un cadre institutionnel de contrôle du traitement des données à caractère personnel. Ses missions de contrôle s'exercent en *ex ante*, c'est-à-dire avant toute opération de traitement des données, ou en *ex post*, c'est-à-dire après la mise en œuvre du processus de traitement. En plus de ses pouvoirs de contrôle et d'investigation, elle est également investie d'un pouvoir d'autorisation, préalable à toute opération de traitement des données⁹¹⁸. Ce régime de formalité préalable a été également prévu par la loi française « informatique et libertés » de 1978, mais supprimé depuis l'entrée en vigueur du RGPD le 25 mai 2018.

537. Dans ces perspectives, nous pouvons relever que, dans le cadre de la protection des données à caractère personnel, la *compliance* se traduit par une approche active dont l'enjeu est notamment de faire de la protection des données personnelles une démarche proactive, une « culture » et un « état d'esprit »⁹¹⁹. Outre son influence dans le domaine de la protection des données à caractère personnel, l'esprit de la *compliance* immerge également le domaine des institutions financières.

B- L'instauration d'une obligation légale de vigilance dans les institutions financières

538. De la *compliance* par l'assujettissement aux obligations de vigilance consacrées par le dispositif légal de LCB/FT/FP. Le respect des normes éthiques dans le monde des affaires a toujours été une préoccupation dans le secteur des institutions financières. En effet, « *sans intégrité, le système financier serait dysfonctionnel* »⁹²⁰, affirmait Madame I. M. Barsan. Il faut donc une politique de conformité proactive qui se traduit par la prévention afin de pallier l'insuffisance et l'inefficacité de la répression *ex post* qui est de nature réactive. Au Sénégal, en plus des textes généraux, législatifs et réglementaires, s'est ajouté récemment un texte spécial qui fait substantiellement référence à la *compliance*. Il s'agit de la loi uniforme n° 2024-08 du 14 février 2024 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux, de

⁹¹⁸ Article 18 de la loi n° 2008-12 du 25 janvier 2008, *op. cit.* « (...) les traitements de données à caractère personnel font l'objet d'une déclaration après de la Commission des Données Personnelles. La Commission atteste par un accusé de réception toute déclaration. Elle délivre, dans un délai d'un (1) mois, un récépissé qui permet au demandeur de mettre en œuvre le traitement sans toutefois l'exonérer d'aucune de ses responsabilités ».

⁹¹⁹ S. LACROIX-DE SOUSA, « Les sociétés face au RGPD, les enjeux de la *compliance* », *op. cit.*, p.3.

⁹²⁰ I. M. BARSAN, « *Compliance : externalisation et tierce introduction en matière de lutte anti-blanchiment* », *Revue internationale de droit économique*, vol. xxxiii, no. 4, 2019, pp. 535-557.

financement du terrorisme et de la prolifération des armes de destruction massive qui abroge et remplace n° 2018-03 du 23 février 2018 relative à la LCB/FT pour corriger les lacunes de celle-ci tout en reprenant ses acquis. Et pour préciser les modalités d'application de cette loi uniforme, le 18 et 19 mars 2025, la BCEAO a adopté trois textes⁹²¹ majeurs. La loi n° 2024-08 du 14 février 2024 permet de renforcer les obligations de conformité qui pèsent sur les institutions financières et autres assujettis en matière de LCB/FT/FP. Mais aussi de combler certaines insuffisances de ce dispositif relevées mutuellement par la Commission Bancaire dans ses récentes décisions, le BAFI, le GIABA dans son rapport d'évaluation mutuelle (REM) de 2018 et ses rapports de suivi. Il s'agit notamment de l'imprécision du contenu de l'obligation de formation du personnel, de l'absence d'obligation pour les institutions financières d'intégrer les informations sur les risques les plus élevés dans leurs évaluations des risques et de l'absence de disposition expresse qui fait obligation aux autorités de contrôles de s'assurer de la mise en œuvre effective par les institutions financières de leurs obligations de *compliance*.

539. Avec cette loi de n° 2024-08 relative à la LCB/FT/FP, des innovations majeures ont été apportées. Il s'agit notamment de l'extension de son champ d'application à d'autres assujettis et de la mise en place d'un mécanisme inclusif de réalisation et de diffusion nationale des risques de BC/FT/FP. En ce sens, le législateur sénégalais renforce les mesures de diligence raisonnable des institutions financières et prévoit plusieurs obligations préventives, constituées de l'obligation de vigilance constante sur les relations d'affaires et à l'égard de la clientèle définie aux articles 19 et 20 de ladite loi, d'une part, et de l'obligation de déclaration de soupçon définie aux articles 60 à 69, d'autre part. Ces obligations sont appréhendées comme indispensable à la détection de tout comportement illicite dans le secteur bancaire et financier. Elles se trouvent également au centre du paysage juridique français qui a subi une transformation majeure grâce au décret n° 2009-1087 du 2 septembre 2009, lequel régit les exigences de vigilance et de divulgation pour prévenir le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. En droit français, c'est une mesure qui découle de la mise à jour des recommandations du GAFI en 2003. En droit sénégalais, nous pouvons constater que le nouvel article 12 de la loi n° 2024-08 du 14 février 2024 relative à la LCB/FT/FP met des obligations de *compliance* à la charge des assujettis. En effet, il impose l'obligation de disposer « de

⁹²¹ Il s'agit de l'introduction n° 001-03-2025 portant modalités de mise en œuvre par les institutions financières de leurs obligations en matière d'organisation, de contrôle interne et de conformité au exigence de LCB/FT/FP qui abroge l'introduction n° 007-09-2017 ; de l'introduction n° 002-03-2025 fixant le seuil pour la déclaration des transports physiques intracommunautaires d'espèces et instruments négociables au porteur (fixé à 10 millions de francs CFA) ; de l'introduction n° 003-03-2025 relative à l'identification, la vérification de l'identité et la connaissance de la clientèle par les institutions financières.

politiques, de procédures et de mesures de contrôles formalisées pour identifier, atténuer et gérer efficacement les risques de BC/FT »⁹²², lesquelles peuvent intéresser le respect des exigences éthiques dans les contrats d'affaires.

540. Le contenu du dispositif de vigilance anti-blanchiment. La surveillance de l'intégrité des opérations financières ou commerciales commande la mise en place d'un dispositif légal de veille pour rationaliser les luttes contre la délinquance financière dans les relations d'affaires⁹²³. Ainsi, à l'instar du droit français, le droit sénégalais a fait de l'obligation de vigilance, un facteur déterminant pour mieux appréhender et partager les valeurs et principes éthiques. Nous pensons que c'est à travers ces enjeux éthiques que l'obligation de vigilance consacrée par le législateur sénégalais vient renouveler l'environnement juridique des institutions bancaires et financières et autres assujettis. À ce titre, pour faciliter la prise en compte des nouvelles exigences de *compliance*, l'obligation de vigilance exige aux institutions financières, la mise en place, à l'instar de la loi « Sapin 2 », d'un certain nombre de mesures dans leurs relations d'affaires⁹²⁴. Ainsi, les politiques, procédures et contrôles visés à l'alinéa 2 de l'article 12 précité portent notamment sur trois obligations principales.

541. D'abord, l'obligation d'identification⁹²⁵ **qui repose sur la base déclarative**, consiste pour les acteurs assujettis, avant toute entrée en relation d'affaires ou après celle-ci, « de procéder à l'identification de leurs clients »⁹²⁶. La procédure d'identification, au-delà de son utilité inconditionnelle de connaître la situation juridique et l'identité de son partenaire avant toute relation d'affaires⁹²⁷, elle a également pour objectif, au regard de la méthodologie de la *compliance*, de cartographier les risques de comportements illicites qui peuvent exister dans une relation d'affaires. En effet, cette identification vient justifier, eu égard au principe de « *Know Your Customer* » (KYC), la légalité d'entrer en relation d'affaires avec le partenaire ou

⁹²² Article 12 de la loi n° 2024-08 du 14 février 2024 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

⁹²³ C. M. B. NIANG, « La justice pénale financière au Sénégal », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 2, n° 2, 2022, pp. 289-300.

⁹²⁴ Voir les articles 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20 de la loi n° 2024-08 du 14 février 2024, *op. cit.* Parmi les exigences nous pouvons citer quelques obligations : mettre en place une cartographie des risques, un programmes de LBC/FT/FP, un dispositif d'évaluation des risques de BC/FT/FP, un dispositif d'identification de vérification de l'identité des clients, un dispositif de centralisation des informations, d'un dispositif de formation continue du personnel ; d'un dispositif de contrôle interne de vérification de conformité et d'efficacité des mesures adoptées, et d'un dispositif de traitement des transactions suspectes ; la désignation d'un responsable de conformité chargé de l'application du dispositif de LCB/FT/FP, la conservation des pièces et documents de la relations d'affaires. À travers ces cinq piliers, l'esprit et la méthode de la *compliance* prend place dans la législation sénégalaise de lutte anti-blanchiment.

⁹²⁵ Articles 16, 17, 18, 26, 27, 28, de la loi n° 2024-08 du 14 février 2024, *op. cit.*

⁹²⁶ Article 17 et 18, alinéa 1 de la loi n° 2024-08 du 14 février 2024, *op. cit.*

⁹²⁷ Article 27 et 28 de la loi n° 2024-08 du 14 février 2024, *op. cit.*

le potentiel partenaire. À titre d'exemple, il serait donc interdit de conclure une relation contractuelle avec un client non identifié ou non identifiable dans la mesure où son défaut est susceptible de provoquer une violation des obligations légales de vigilance anti-blanchiment. L'inobservation de cette obligation d'identification pourrait donc donner le droit de rompre la relation contractuelle déjà établie, ou, dans ce contexte, prendre la forme de l'exception d'inexécution contractuelle.

542. Ainsi, même si les assujettis à l'obligation d'identification ne sont pas tenus de contrôler la moralité de leurs clients, partenaires ou potentiels partenaires, ils ont une obligation de moyen renforcée. En effet, ils doivent analyser et examiner *in concreto* toutes anomalies matérielles ou intellectuelles qui leur permettent, en présence de soupçons, de refuser l'entrée en relation d'affaires en vertu du principe de la liberté contractuelle⁹²⁸. Ce qui justifie que ce n'est pas une simple vérification d'identité imposée aux assujettis de cette obligation.

543. Ensuite, pèse sur les institutions financières une obligation de conservation des informations. L'obligation de conservations des informations prévue à l'article 23 de la loi n° 2024-08 mise à la charge des institutions financières pourrait être fondée sur le devoir de prudence. Elle est matérialisée par la détention effective ou l'archivage des éléments probatoires issus de la mise en œuvre de l'obligation de vigilance. Toutefois, il faut relever que cette procédure doit être réalisée en adéquation avec l'obligation de secret ou de confidentialité pour garantir le respect aux règles de protection des données personnelles qui est une obligation accessoire à l'obligation principale de conservation des informations.

544. En revanche, contrairement au droit français qui fixe le délai de conservation pour une durée de cinq ans, pour le législateur sénégalais, la conservation doit se faire pour une durée de dix ans à compter de la clôture des comptes des clients ou de la cessation de la relation d'affaires avec les clients habituels ou occasionnels⁹²⁹. Si la conservation des informations ne doit pas, en principe, excéder celle nécessaire à la réalisation des finalités⁹³⁰ de la collecte pour être en conformité avec les règles posées par la législation sur la protection des données personnelles, le choix fait par le législateur sénégalais de porter le délai de conservation à dix ans nous semble justifier. En effet, un temps assez long est souvent nécessaire pour élucider les faits de blanchiment de capitaux dans le cadre d'un contrôle de l'autorité administrative ou

⁹²⁸ A. MAYMONT, *La liberté contractuelle du banquier. Réflexions sur la sécurité du système financier*, préf. D. Legeais, 2014, LGDJ.

⁹²⁹ Article 23 de la loi n° 2024-08 du 14 février 2024, *op. cit.*

⁹³⁰ Cf. Article 35 al. 1^{er} de la loi n° 2008-12 du 25 janvier 2008, *op. cit.*

d'une procédure judiciaire. Cependant, pour rendre efficace et effective l'obligation de vigilance qui est une mode de diffusion des normes éthiques au sein des institutions financières, cela passe notamment par la mise en place d'un dispositif de formation.

545. Et enfin, après les deux précédentes obligations, pèse sur les institutions financières l'obligation de mettre en place un programme de formation et d'information du personnel. Parmi les mesures comprises dans le dispositif de vigilance anti-blanchiment de la loi sénégalaise de 2024 sur la LCB/FT/FP, figure à l'article 12, alinéa 6, b) et c), l'obligation de mettre en place par les acteurs économiques assujettis un dispositif de formation et d'information régulière de leurs personnels en vue du respect des obligations de *compliance*⁹³¹. En pratique, il faut admettre que cette politique de formation et d'information du personnel, comme l'affirme Ch. Blandigneres constitue « *la première arme de lutte contre le blanchiment* »⁹³². La formation est un outil de premier plan qui rend facile, non seulement le respect de l'obligation de vigilance, mais aussi la diffusion de comportements éthiques. Cependant, pour garantir sa fiabilité, l'obligation de vigilance ne peut se suffire aux obligations de mise en place des mesures d'identification, de conservation des informations et de formation du personnel. L'atteinte des objectifs de ce « but monumental » qu'est la LCB/FT/FP nécessite un contrôle de conformité assuré par un *compliance officer* et par l'autorité administrative, mais celui-ci est toujours à l'état embryonnaire en droit sénégalais.

546. Le contrôle de conformité anti-blanchiment : l'obligation pour les assujettis de créer un dispositif interne. Au Sénégal, la fonction de *compliance officer* est évolutive. En effet, elle n'est pas encore complètement ancrée dans les entreprises. Avec la loi n° 2024-08 du 14 février 2024 sur la LCB/FT/FP, il est possible de constater une évolution avec le processus d'incitation au respect des règles qui impose aux institutions financières de se doter d'un dispositif de contrôle interne et de s'assurer de sa capacité à garantir la conformité et l'efficacité des mesures adoptées pour l'application de loi LCB/FT/FP⁹³³ dans les relations d'affaires. L'article 12, alinéa 5 de la loi précitée qui traite notamment de la fonction de *compliance officer*, précise, en effet, lorsque cela est nécessaire pour les institutions financières au regard de leur taille et de la nature de leurs activités, de désigner un responsable de conformité

⁹³¹ En droit français, c'est l'article 561-33 du CMF qui prévoit cette obligation. Il dispose que « *les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 assurent la formation et l'information régulières de leurs personnels en vue du respect des obligations prévues aux chapitres Ier et II du présent titre* ».

⁹³² Ch. BLANDIGNERES cité par D. PERROTTE, « Banque : la lutte contre le blanchiment s'organise », Les Échos Édition du 26 mai 2004.

⁹³³ Article 12, alinéa 6, b) de la loi n° 2024-08 du 14 février 2024, *op. cit.*

permanente et indépendante. Toutefois, le texte n'en fait pas une obligation et ne précise ni son mode de désignation ni son statut et son profit, c'est-à-dire une absence de précision de son statut juridique par le législateur sénégalais.

547. Cependant, au regard des missions mises à sa charge, nous pouvons déduire que, pour le bon exercice de sa mission, le *compliance officer* doit être indépendant, car son statut doit lui garantir l'autorité nécessaire. En outre, il doit disposer de connaissances suffisantes et transversales. Au sein des institutions financières sénégalaises, cette fonction de *compliance* est souvent rattachée à la direction juridique, contrairement aux institutions financières françaises ou américaines, où le service de *compliance* est bien distinct du service juridique. Ainsi, pour détecter les risques de blanchiment inhérents à l'exercice de leur activité, le *compliance officer* a notamment pour mission, conformément à l'article 13 de la loi de 2024, de mettre en place un certain nombre de mesures⁹³⁴. Ces dernières ont pour objectif à inciter les acteurs économiques au respect des règles juridiques et éthiques.

548. Même si le texte ne le précise pas explicitement, il faut souligner que le *compliance officer* doit aussi veiller à la déclaration des soupçons, favorisant l'appréciation de l'efficacité et de la manifestation concrète du dispositif de prévention. En effet, la déclaration de soupçon prévue aux articles 60 à 69 de la loi n° 2024-08 du 14 février 2024 pourrait faire présumer la bonne foi de l'assujetti au respect de règle de conformité. Cependant, il résulte des rapports d'activité exploités de la CENTIF, une faiblesse notoire des déclarations de soupçon pour blanchiment de capitaux et financement du terrorisme. De 2005 à 2020, la CENTIF n'a enregistré que 1821 déclarations d'opérations suspects dans le secteur financier et non financier. Le nombre est passé de 11 en 2005 à 213 en 2020⁹³⁵. Contrairement à la France qui a reçu, 111 671 déclarations de soupçon rien que pour l'année 2020 avec une hausse de 2,5 % depuis 2015⁹³⁶ dans le secteur financier. Ce constat de faible déclaration pourrait sans doute avoir pour cause le défaut d'appropriation du dispositif de vigilance anti-blanchiment par les institutions financières. Ainsi, le pouvoir d'autorégulation des institutions financières n'est pas

⁹³⁴ Il s'agit notamment : d'élaborer une cartographie des risques de BC/FT/FP ; de déterminer un profil de la relation d'affaires avec le client, permettant de détecter les anomalies dans cette relation ; définir les procédures de contrôle des risques et de mise en œuvre des mesures de vigilance (conservation des pièces, détection des transactions suspects, respect de l'obligation de déclaration de soupçon à la CENTIF) ; de mettre en œuvre des procédures de contrôle périodique et permanent ; de veiller à la probité du personnel recruté au regard des risques de BC/FT/FP.

⁹³⁵ V. Rapport d'activité annuel de la CENTIF de 2020.

⁹³⁶ TRACFIN, <https://www.economie.gouv.fr/tracfin/chiffres-cles-tracfin>

absolu. En effet, elle est mise en œuvre sous le contrôle d'une autorité administrative indépendante.

549. Le contrôle de l'effectivité du dispositif de vigilance anti-blanchiment par l'autorité administrative : vecteur de renforcement des comportements éthiques des assujettis. En droit sénégalais cette tâche est laissée à la charge de la Cellule Nationale de Traitement des Informations financières (CENTIF) qui veille au respect des règles juridiques et éthiques des assujettis dans leurs relations d'affaires⁹³⁷. Parmi ses attributs, la CENTIF a également pour mission le contrôle de la probité des contrats d'affaires des institutions financières qui servent souvent de support aux blanchiments de capitaux et aux financements du terrorisme. Cette dynamique de contrôle a été rendue nécessaire par le besoin d'assurer un certain respect des règles juridiques et éthiques dans les transactions.

550. Cependant, la CENTIF dispose de pouvoirs de contrôle *ex post*⁹³⁸ et elle apparaît comme moins lotie en termes de pouvoirs de sanctions administratives. En effet, outre le pouvoir de sanction disciplinaire auquel l'autorité de contrôle est investie, elle n'est pas investie de pouvoir de sanctions administratives pécuniaires à l'égard des assujettis en cas de violation des obligations de vigilance anti-blanchiment. Nous pensons que cela peut impacter l'efficacité et l'effectivité du dispositif. À ce titre, il faut que les acteurs assujettis puissent être contraints à adopter une attitude proactive et sortir de celle formaliste qui se limite à écrire les obligations de vigilance anti-blanchiment en quelques lignes de procédures⁹³⁹. Un autre constat que nous pouvons faire, relatif à l'affaiblissement de ce dispositif, est celui de son champ d'application général. L'appréciation de l'obligation de vigilance se fera sans doute au cas par cas et de façon arbitraire par l'autorité administrative, sans un seuil fixe légal d'assujettissement, selon la taille de l'entité et la nature de l'activité. Toutefois, en plus du droit positif interne, la tâche d'insuffler

⁹³⁷ Article 95 et suivants de la loi n° 2024-08 du 14 février 2024, *op. cit.* Créée depuis la loi uniforme n° 2004-09 du 6 février 2004, puis renouvelée à travers l'article 95 de la loi de 2024 sur la LCB/FT/FP, la CENTIF est un service administratif national doté d'une autonomie financière et de décision placée sous la tutelle du ministre chargé des Finances.

⁹³⁸ La CENTIF ne dispose pas de pouvoir d'auto-saisine, ce qui l'empêche de se saisir d'office aux fins de contrôle et d'analyse sur des opérations qu'elle sait suspecte sans déclaration préalable de soupçon. Ses missions sur le plan opérationnel qui consiste à recueillir et à traiter les informations reçues soit des assujettis, soit de son exercice de droit de communication à l'égard des acteurs économique assujettis pour procéder au contrôle de l'effectivité et de l'efficacité du dispositif de vigilance anti-blanchiment dépendent donc des déclarations des acteurs assujettis. Ces différentes missions ou prérogatives sont souvent exercées que postérieurement à la réalisation des faits de blanchiment rendant le dispositif de prévention inefficace. Or, l'exercice de telles missions ou prérogatives n'ont d'intérêt pour le dispositif de prévention de LCB/FT que lorsqu'elles sont réalisées en *ex ante*.

⁹³⁹ I. M. BARSAN, « Compliance : externalisation et tierce introduction en matière de lutte anti-blanchiment », *op. cit.*

l'esprit de la *compliance* en droit des contrats d'affaires sénégalais est également confiée aux institutions multilatérales.

Sous-section 2 : Réception institutionnelle des exigences de *compliance* au service de la moralisation des contrats d'affaires en droit sénégalais

551. L'influence des normes de *compliance* extraterritoriales dans le contrôle des contrats d'affaires. La *compliance* s'est ouverte une voie royale dont l'objectif est de marcher vers l'effectivité de ses « fonctions monumentales » qui est aujourd'hui un intérêt général mondial. Le défi majeur à relever par les États et les institutions internationales avec le phénomène de l'internationalisation des transactions financières, commerciales et industrielles, lié à la libéralisation des échanges du marché ; est celui d'inculquer une culture éthique des relations d'affaires, tournée vers plus de transparence, de probité et d'intégrité. Si, pour la Professeure M.-A Frison Roche « *le droit de la compliance peut être la nouvelle façon de régner sur le monde* »⁹⁴⁰, c'est sans doute parce qu'il s'agit d'atteindre des objectifs convergents afin de rendre effectif ces « buts monumentaux » reconnus collectivement comme légitimes par les États. Sa méthodologie repousse donc les limites des règles et principes des compétences de souveraineté territoriale des États lorsque les normes internationales, sous-régionales et multilatérales viennent diffuser la logique de la *compliance* au niveau national.

552. Plan. La logique de la *compliance* est transfrontière, c'est pourquoi nous verrons que sa diffusion en droit des contrats d'affaires sénégalais est assurée par le recours aux normes internationales et sous-régionales, d'une part (A), et par le recours aux normes à portée extraterritoriale, d'autre part (B).

A- Le recours aux normes internationales et sous-régionales aux fins de réception de la *compliance* en droit sénégalais

553. La transposition des règles internationales de *compliance*. Il faut rappeler que la loi fédérale américaine, plus connue sous l'appellation de *Foreign Corrupt Practice Act* qui date du 19 décembre 1977, modifiée en 1988 et en 1998, est l'un des textes fondateurs de la *compliance*⁹⁴¹. Elle a été adoptée pour répondre aux enjeux de sécurité financière dans le cadre

⁹⁴⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Régulation, supervision, compliance*, Paris, JoRC et Dalloz, 2017, p. 12.

⁹⁴¹ Aux États-Unis, l'approche collaborative entre acteurs économiques et autorités de poursuites a très tôt été un élément fondamental dans le processus de régulation des activités économiques. V. E. BREEN, « La *compliance*, une privatisation de la régulation ? », RSC, 2019, p. 327.

de la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers et a eu un impact international du fait de son caractère d'extraterritorialité. Cette mission d'intérêt général d'insuffler la culture de *compliance* dans les contrats d'affaires a également été portée par les institutions multilatérales, parmi lesquelles nous pouvons citer les Nations Unies, et les institutions financières internationales ; à savoir la Banque mondiale et le Fonds monétaire international (FMI). Ce corpus normatif multilatéral participe à la diffusion de la *compliance* dans les droits nationaux. En effet, depuis plusieurs décennies, ces institutions considèrent que le développement de comportements et de pratiques illicites (corruption, abus de marché, fraude, blanchiment de capitaux...), notamment dans les relations commerciales internationales, est incompatible avec l'objectif de faire triompher « l'économiquement correct »⁹⁴². Elles se sont à travers leur champ d'intervention, investies dans la diffusion des exigences de la *compliance*.

554. Ainsi, l'analyse des politiques d'ajustement structurel élaborées pour lutter contre de telles pratiques et accompagner les pays africains dans la mise en œuvre des exigences de *compliance* nous permet de constater que l'initiative de combler le déficit des règles de *compliance* n'émane pas dans la plupart du temps de ces pays accompagnés ou assistés. Les relations de partenariat économiques ou d'investissements sont donc tributaires de l'obligation de conformité vis-à-vis des standards internationaux. À titre d'illustration, les investissements réalisés par le FMI ou la Banque mondiale dans le secteur privé sont conditionnés par la mise en place de certaines réformes de gestion des risques pour limiter la corruption, le blanchiment de capitaux, faciliter la prise en compte par les acteurs économiques des exigences de *compliance*, etc. Ce schéma se retrouve en droit sénégalais qui a largement été influencé dans ce processus de moralisation des activités économiques en ratifiant et en transposant dans sa législation nationale un certain nombre d'instruments internationaux. Fort de tout ceci, des mesures prudentielles sont donc imposées par les institutions internationales. Ainsi, les acteurs économiques doivent se plier à ce principe dans leurs relations commerciales en instituant un cadre légal pour assurer le respect des objectifs définis par ces institutions.

555. À cet effet, la véritable méthode étatique de déploiement des exigences de *compliance* s'est faite sans aucune surprise en droit interne sénégalais, comme nous avons pu le voir, par la transposition de ces normes internationales de la *compliance*. En particulier, la

⁹⁴² M.-M. SALAH, « Conception et application de la *compliance* en Afrique », *op. cit.*, p. 169.

convention des Nations Unies du 31 octobre 2003⁹⁴³, ratifiée par la loi n° 2005-11 du 3 août 2005⁹⁴⁴ et entrée en vigueur le 14 décembre 2005, la « Convention 108 » portant sur la protection des personnes contre le traitement automatisé des données personnelles⁹⁴⁵, etc.

Cependant, les institutions internationales ne sont pas les seules à avoir contribué à la diffusion de la *compliance*. Dans le cadre de la prise en compte des « buts monumentaux » pour préserver la solidité des contrats d'affaires, les institutions régionales et sous-régionales ont également participé à leur promotion.

556. La promotion de la diffusion des normes de *compliance* par les acteurs régionaux et sous-régionaux. La diffusion des exigences de *compliance* dans les activités économiques ne s'est pas faite sans les acteurs régionaux et sous-régionaux. Au premier rang nous avons l'Union africaine qui, par le biais des conventions qu'elle a élaborées, ouvertes à la ratification par les États membres, est à l'origine d'importantes innovations normatives instituant des normes de *compliance*. En Afrique, la référence en matière de diffusion de la *compliance* est la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption et les crimes connexes de Maputo, également connue sous le nom de « Convention de Maputo ». Cette convention a été adoptée en juillet 2003 et est entrée en vigueur le 6 août 2006. Par sa singularité, parce que loin d'être une simple reprise des conventions anticorruption déjà existantes au niveau international⁹⁴⁶, elle est considérée comme le texte précurseur de prévention et de lutte anticorruption en Afrique, et de surcroît l'un des textes les plus complets au niveau mondial⁹⁴⁷. Ainsi, tout autant que la Convention Mérida de lutte contre la corruption, la Convention de Maputo prescrit à son article 5, l'adoption par les États membres des mesures

⁹⁴³ Convention des Nations Unies contre la corruption, également dénommée Convention MÉRIDA adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies à New York le 31 octobre 2003 et ouverte à la signature à Mérida (Mexique), à ce jour ratifiée par 187 pays.

⁹⁴⁴ Loi n° 2005/11 du 03 août 2005 autorisant le Président de la République à ratifier la Convention des Nations Unies contre la corruption, adoptée à Mérida (Mexique), le 9 décembre 2003.

⁹⁴⁵ Le Sénégal est le deuxième pays africain et le cinquantième au niveau mondial à avoir ratifié le 25 août 2016 la Convention pour la protection des données à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, dite « Convention 108 », entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2016, qui est un instrument international contraignant de réglementation des flux transfrontaliers des données et de protection des données à caractères personnel. Cette Convention « est le seul traité international existant qui confère aux individus le droit à la protection de leurs données personnelles, l'objectif étant également de lutter contre les abus qui peuvent accompagner le traitement de ces données. Étant ouvert à la signature de tout État, c'est le seul outil juridiquement contraignant qui puisse être appliqué à l'échelle mondiale et offrir la certitude juridique et la prévisibilité nécessaires pour les transferts internationaux de données personnelles » selon le communiqué du Conseil de l'Europe du 25 août 2016. https://www.coe.int/fr/web/portal/home/-/asset_publisher/CWAECqDHgT3y/content/senegal-becomes-the-50th-state-to-accede-to-the-data-protection-convention-convention-108-?inheritRedirect=false&desktop=false

⁹⁴⁶ M. SEGONDS, « Pour un juste retour à la convention de Maputo », in *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, août 2019, n° 4, étude 131.

⁹⁴⁷ *Ibid.*

législatives de prévention et de lutte des faits de corruption commis également dans le secteur privé par les acteurs économiques. Sa particularité, selon le Professeur M. Segonds, découle de la référence faite au secteur privé dans le cadre de la lutte contre le trafic d'influence.

557. En tout état de cause, l'internationalisation des exigences de *compliance* est en marche. En plus des organisations régionales, comme l'Union africaine, les acteurs sous-régionaux sont également à l'initiative de textes importants pour le déploiement de la *compliance* dans l'espace relevant de leur compétence réglementaire. À cet égard, nous pouvons citer au niveau sous-régional le Protocole de la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) de lutte contre la corruption, adoptée le 21 décembre 2001 à Dakar. Ce dispositif juridique enjoint aux États membres, à travers l'article 5 dudit Protocole, la mise en place d'un dispositif de lutte contre la corruption, d'adopter des mesures de transparence afin d'atteindre les objectifs fixés à l'article 2⁹⁴⁸. En sus, du groupe de travail de l'Union économique et monétaire ouest-africaine, le GIABA (Groupement international d'action contre le blanchiment d'argent en Afrique de l'Ouest) qui pose des actions importantes dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux. Il est donc nécessaire de constater que le rôle de ces institutions régionales et sous-régionales a eu un impact réel dans la diffusion de la *compliance* en droit sénégalais, vecteur de la moralisation des contrats d'affaires au regard des exigences éthiques imposées aux acteurs économiques.

558. C'est ainsi que le Sénégal, pour se conformer aux exigences du protocole de la CEDEAO⁹⁴⁹, de la Convention de l'Union africaine⁹⁵⁰ et de la Convention des Nations unies⁹⁵¹ dans le cadre de la lutte contre la corruption, a institué un organe de contrôle des faits de corruption. Dans ce cadre, cette mission de lutte contre la corruption a été assignée à l'Office National de Lutte contre Fraude et la Corruption (OFNAC), créé pour la première fois par la loi n° 2012-30 du 28 décembre 2012 qui vient abroger la loi n° 2003-35 du 4 novembre 2003 qui avait institué la Commission de Lutte contre la non-transparence, la Corruption et la concurrence (CNLCC)⁹⁵². Depuis 2025, il est régi par la loi n° 2025-12 du 3 septembre 2025

⁹⁴⁸ Article 2 du Protocole de la CEDEAO de lutte contre la corruption : « *Le présent Protocole a pour but : de promouvoir et de renforcer, dans chacun des États parties, le développement de mécanismes efficaces pour prévenir, réprimer et éradiquer la corruption (...).* »

⁹⁴⁹ Article 5, h) du Protocole de la CEDEAO sur la lutte contre la corruption

⁹⁵⁰ Article 5, alinéa 3 de la Convention de l'Union africaine sur la lutte contre la corruption

⁹⁵¹ Article 6, 1) et 2) de la Convention de Nations Unies sur la lutte contre la corruption.

⁹⁵² Selon l'exposé des motifs de la loi n° 2012-30 du 28 décembre 2012 portant création de l'OFNAC, la CNLCC mise en place en 2003 n'a pas répondu aux attentes du fait de l'insuffisance des pouvoirs qui lui avait été accordés dans le cadre de l'exercice de ses missions. Les pouvoirs publics ont donc décidé d'instituer l'OFNAC, une autorité

qui abroge la loi n° 2012-30 et celle n° 2024-06. L'OFNAC qui est désormais en droit sénégalais l'interlocuteur central des acteurs économiques sur les questions d'éthique et de comportements qui portent atteinte à la probité, a deux missions principales. La première est une mission de prévention de la corruption et des infractions connexes. Et la deuxième est une mission de lutte contre la fraude, la corruption, les pratiques assimilées et les infractions connexes. Cependant, nous verrons plus loin dans ce chapitre, l'étendue et l'effectivité de ses pouvoirs de contrôle et d'investigation de la légalité et la régularité des activités économiques.

B- Le recours aux normes à portée extraterritoriales aux fins de réception de la *compliance* en droit sénégalais

559. Le déploiement de la *compliance* en droit sénégalais par des normes à effet extraterritorial⁹⁵³. Les dispositifs juridiques de la *compliance* permettent aux États « dans un espace globalisé » de prendre efficacement en charge les « préoccupations d'intérêt général »⁹⁵⁴ dans un marché économique de plus en plus complexe. Ainsi, certaines lois de droits nationaux et communautaires, par l'effet d'extraterritorialité qu'elles génèrent, sont des vecteurs de diffusion de la *compliance* hors des frontières des États qui les ont élaborés. Autrement dit, les lois à portée extraterritoriale qui portent dans leurs dispositions des obligations de *compliance* se déploient hors de leurs territoires d'édiction pour imposer leurs exigences, « à chaque fois que les conditions de rattachement qu'elles prévoient sont réunies »⁹⁵⁵. À titre d'illustration, trois instruments juridiques à portée extraterritoriale seront analysés : les dispositions de la loi « Sapin 2 », le RGPD européen, le *Foreign Corrupt Practices Act* des États-Unis.

560. La loi « Sapin 2 » du droit français. Conformément aux dispositions de l'article 17 II° de la loi Sapin, les obligations de *compliance* prévues par ce texte sont également étendues aux groupes de sociétés qui remplissent les conditions de seuil social et de chiffre d'affaires et pour l'ensemble de ses filiales françaises et étrangères. Par exemple, les entreprises françaises dont la société mère a son siège social en France, telles que Total Énergies S.A, Auchan, Sonatel, filiale d'Orange S.A, pour ne citer que ces quelques multinationales parmi les

administrative indépendante dotée d'une autonomie financière et disposant de pouvoirs d'auto-saisine, d'investigations et de saisine de la justice.

⁹⁵³ La notion d'extraterritorialité s'entend lorsqu'un « États prétend appréhender, à travers son ordre juridique, des éléments situés en dehors de son territoire ». V. J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 211.

⁹⁵⁴ J.-B. RACINE, « La prégnance géographique des outils de la *compliance*. Propos introductifs », in M.-A. Frison Roche (dir.), *Les outils de la compliance*, Paris, JoRC et Dalloz, 2021, p. 157.

⁹⁵⁵ ⁹⁵⁵ M.-M. SALAH, « Conception et application de la *compliance* en Afrique », *op. cit.*, p. 171.

centaines qui opèrent au Sénégal, seront tenues de mettre en place les mesures de *compliance* prévues au II de l'article 17 de la loi Sapin 2. La norme de *compliance* de droit interne s'applique à cet effet au-delà du territoire de l'État d'édition qui se diffuse à l'échelle du groupe de sociétés sur lequel la société mère exerce un réel contrôle de dépendance et d'influence significative.

561. RGPD européen. Lorsque les « buts monumentaux », tels que la protection des données, se développent dans une logique strictement multilatérale, pour atteindre ces objectifs globaux qui sont considérés comme des principes universels et assurer leur effectivité, les États doivent être en mesure de repousser les limites posées par leur souveraineté territoriale⁹⁵⁶, notamment celles de l'exercice de leurs compétences normative, juridictionnelle et exécutive⁹⁵⁷. Ainsi, par le jeu de la *compliance*, certaines dispositions du RGPD bénéficient d'une dimension internationale et se positionnent sur le plan mondial pour certains auteurs « comme l'une des normes de *compliance* qui sert de référence en matière de protection des données personnelles »⁹⁵⁸. Par exception au principe de rattachement au territoire de l'Union, qui implique une indépendance normative, juridictionnelle, ou exécutive, le RGPD étend ainsi son champ d'application dans des États tiers. Cette extension est posée par l'article 3, alinéa 2 du RGPD⁹⁵⁹ qui définit les deux critères de rattachement permettant d'imposer aux acteurs économiques concernés, les exigences de *compliance* dans le cadre de la collecte et du traitement des données à caractère personnel. Il s'agit du critère du lieu d'établissement du responsable du traitement ou du sous-traitant, d'une part ; et du critère du lieu de situation des personnes concernées par le traitement, d'autre part. Eu égard à ces conditions, le RGPD peut s'appliquer à l'entreprise sénégalaise, indépendamment du lieu de traitement effectif des données à caractère personnel. Cela peut se produire dans deux cas : lorsque la société sénégalaise collabore avec un partenaire commercial soumis aux dispositions de conformité du

⁹⁵⁶ R. BISMUTH, « *Compliance* et souveraineté : Relations ambiguës », in M.-A. Frison Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, op. cit., p. 441.

⁹⁵⁷ *Ibid.*

⁹⁵⁸ A. DERODILLE et F. FATAH, « L'extraterritorialité du RGPD dans le contexte du "Cloud Act" », *RUE*, 2019, p. 442 ; M. GALLARDO MESEGUER, « Aperçu de la dimension internationale du Règlement général sur la protection des données à caractère personnel », in A. GROSJEAN (dir.), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 117 ; É. THELISSON, « La portée du caractère extraterritorial du Règlement général sur la protection des données », *Revue internationale de droit économique*, vol. xxxiii, n° 4, 2019, pp. 501-533.

⁹⁵⁹ Article 3, alinéa 2 du RGPD : « Le présent règlement s'applique au traitement des données à caractère personnel relatives à des personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union par un responsable du traitement ou un sous-traitant qui n'est pas établi dans l'Union (...) ».

RGPD, ou lorsque l'entreprise sous-traitante sénégalaise traite les données de personnes présentes dans l'espace économique européen.

562. Le *Foreign Corrupt Practices Act* des États-Unis. L'application des règles de sanctions économiques et de contrôle du *Foreign Corrupt Practices Act* en matière de corruption aux sociétés qui opèrent au Sénégal est une autre illustration de la diffusion de la *compliance* en dehors des frontières d'édiction des règles. Ce sera le cas dès lors que ces sociétés ont un lien de rattachement avec ces États, notamment en raison de leur siège social, de leur lieu de résidence, de la monnaie utilisée dans les relations d'affaires, de partenariat avec toute personne ayant la qualité d'*U.S. person*, d'organisation de leurs activités économiques sous couvert des lois de ces États. À titre d'illustration, dans le cadre des sanctions économiques dites « secondaires », le *Foreign Corrupt Practices Act* offre le choix aux acteurs économiques qui entrent dans son champ d'application, en cas de sanctions prononcées à l'encontre d'un partenaire économique pour fait de corruption. Ils doivent soit mettre fin à leur relation d'affaires pour pouvoir continuer à en entretenir une avec les États-Unis, soit choisir de continuer cette relation, ce qui entraînera toutefois une exclusion totale ou partielle du marché américain. Cependant, cette approche extensive de la portée extraterritoriale de ces textes s'avère problématique dans la mesure où elle octroie un pouvoir de sanction de tout comportement en violation de ces normes, alors même que les acteurs économiques sanctionnés seraient en conformité avec les normes nationales ; ce qui, par conséquent, porterait atteinte à la souveraineté normative et juridictionnelle des États.

Outre la diffusion de la *compliance* par les normes publiques extraterritoriales, son déploiement se fait également par le mécanisme de transformation de ces normes publiques en normes privées par les acteurs économiques qui assurent par délégation l'effectivité de leur mise en œuvre.

563. Le déploiement de la *compliance* dans les processus de mise en œuvre des obligations de vigilance imposées à l'entreprise. Pour donner également corps à la *compliance* dans les contrats d'affaires sénégalais, les outils juridiques utilisés sont de l'émanation des obligations imposées aux assujettis des dispositifs de *compliance*. Les acteurs économiques disposent de différents outils et techniques leur permettant de prévenir les risques de non-conformité dans le cadre de leurs relations contractuelles. Cette dynamique de diffusion de la *compliance* par le biais des obligations imposées aux personnes privées assujetties apparaît

notamment dans le cadre de la loi française sur le devoir de vigilance⁹⁶⁰. En effet, à travers le dispositif de cartographie des risques qui est imposé aux assujettis de la loi de vigilance, l'objectif est de mettre en place de mesures de vigilance raisonnable dans l'optique de prévenir les comportements d'atteintes à l'intégrité dans le cadre des activités de leurs filiales, des sous-traitants et fournisseurs avec lesquels existe une relation commerciale établie. Dans ce contexte, nous pouvons constater que la loi française use indirectement des pouvoirs économiques des acteurs économiques français pour, par ricochet, obliger les partenaires commerciaux à se conformer à un certain modèle de comportement éthique qui découle de la loi de vigilance⁹⁶¹. Par conséquent, l'obligation de vigilance de la loi française vient par l'entremise des personnes privées et de leur obligation de mettre en place des procédures d'évaluation de la situation de leurs partenaires, « réguler des chaînes économiques indépendamment des frontières qu'elles traversent »⁹⁶².

564. En somme, avec cette politique, ces procédures, ces contrôles et ces process généralisés qui déploient la *compliance* dans les contrats d'affaires par tous les moyens possibles, il serait difficile pour les acteurs économiques sénégalais d'échapper à ce mouvement de la moralisation des contrats d'affaires. Ils seront constamment dans une situation de « risque de conformité » au regard des « buts monumentaux » qui semblent revêtir un caractère d'ordre public ou de « loi de police ».

565. Conclusion de la section 1. Sans surprise, la moralisation des contrats d'affaires par le dispositif de *compliance* n'est pas substantiellement absente en droit sénégalais. En effet, nous venons de constater que les domaines concernés par son émergence sont ceux qui sous-tendent les objectifs non pas universels, mais globalisés de prévention des comportements attentatoires aux valeurs fondamentales. Il s'agit notamment du domaine de la lutte contre le blanchiment de capitaux avec l'institution d'une obligation générale de vigilance à l'égard de tous les assujettis ; du domaine de la protection des données à caractère personnel ; et du domaine de la lutte contre la corruption.

566. Dès lors, même si un important travail sur les exigences actuelles de respect des normes juridiques et éthiques a été amorcé par le législateur sénégalais, les références qui

⁹⁶⁰ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF no 74 du 28 mars 2017.

⁹⁶¹ R. BISMUTH, « *Compliance* et souveraineté : Relations ambiguës », in M.-A. Frison Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, op. cit., p. 446.

⁹⁶² M.-A. FRISON ROCHE, « Approche juridique des outils de la compliance », in M.-A. Frison Roche (dir.), *Les outils de la compliance*, op. cit., p. 30.

encadrent celles-ci continuent d'être majoritairement des dispositions légales et réglementaires d'origines étrangères. Dans ce contexte, il est crucial de restaurer la souveraineté normative et juridictionnelle du Sénégal. Cela permettra de protéger les entreprises sénégalaises des lois et règlements à portée internationale. D'autre part, cela favorisera l'intégration effective et efficiente de la culture de la conformité dans toutes les relations contractuelles.

Section 2 : Plaidoyer pour un renforcement de la *compliance* dans les contrats d'affaires en droit sénégalais

567. Généralité. Les mécanismes de prévention, de détection et de vigilance des comportements attentatoires aux valeurs considérées comme fondamentales sont aujourd'hui partout afin de préserver l'intégrité et la solidité économique des contrats d'affaires. Il existe un consensus, du moins un accord général sur la nécessité de garantir l'effectivité des « buts monumentaux ». Ainsi, pour répondre aux besoins de conformité aux règles juridiques et éthiques dans les relations d'affaires, en droit sénégalais, l'action de l'État doit être complétée par celle des acteurs économiques et des autorités administratives indépendantes. Cette collaboration doit être accompagnée d'un réel pouvoir de contrôle et de sanction afin de veiller efficacement au respect des règles juridiques et éthiques internalisées⁹⁶³. La stratégie juridique de la *compliance* consiste donc à s'autoréguler et à justifier la mise en place d'un programme de *compliance* fonctionnel de manière qu'il soit en mesure de minimiser et/ou de désamorcer certains risques, notamment de non-respect des règles juridiques et éthiques auxquelles les acteurs économiques sont soumis.

568. Plan. Eu égard à la méthode globalisée de la *compliance*, en droit sénégalais, les règles matérielles de la *compliance* s'avèrent être insuffisantes (**sous-section 1**), ce qui rend toutefois nécessaire la restructuration des pouvoirs de contrôle et de sanction caractéristiques de la *compliance* (**sous-section 2**).

⁹⁶³ J.-M. SAUVE, « *Compliance*, droit public et juge administratif », intervention lors du Conseil économique, social et environnemental, 30 nov. 2016

Sous-section 1 : L'insuffisance manifeste des règles matérielles de *compliance* dans les contrats d'affaires en droit sénégalais

569. La nécessité d'une logique *ex ante*⁹⁶⁴ dans les programmes de *compliance*. La moralisation des contrats d'affaires n'a d'utilité ou de sens que lorsqu'elle permet d'éviter ou de minimiser la réalisation du comportement prohibé. Pour cette raison, dans le cadre des relations contractuelles, le dispositif de *compliance* doit également constituer l'outil de référence. Il doit permettre d'identifier, de prévenir et de corriger de façon anticipée les risques pouvant entraîner des dommages, d'une part, et de veiller à la conformité des décisions et des comportements des acteurs économiques aux règles internes et/ou externes qui s'appliquent à eux⁹⁶⁵, d'autre part. Ainsi, le dispositif de *compliance* comprend deux dimensions. Il s'agit de celle « politico-éthique » qui consiste à inciter les acteurs économiques à s'impliquer réellement et à s'approprier des politiques de diffusion de la culture de *compliance* afin de garantir le respect de la réglementation ; et de celle opérationnelle qui consiste à mettre en place des procédures dynamiques de veille, de contrôle et de correction des comportements.

570. Plan. En droit sénégalais, malgré la volonté des pouvoirs publics de donner corps aux outils de la *compliance*, la logique *ex ante*, caractéristique inhérente à celle-ci, est relative, non seulement dans l'élaboration des règles de contrôle des contrats d'affaires (A), mais aussi dans l'élaboration des règles de sanction de non-conformité (B).

A- La relativité de la logique *ex ante* dans l'élaboration des règles de *compliance*

571. L'insuffisance de la volonté normative de détection et de prévention des risques de non-respect des règles juridiques et éthiques en droit sénégalais. Contrairement au droit de la responsabilité contractuelle qui est naturellement un droit *ex post* qui vient sanctionner les comportements dommageables d'un contractant, c'est-à-dire qui relève de la réaction⁹⁶⁶, les nouveaux mécanismes de la *compliance*, à l'exemple de la cartographie des risques ou de l'évaluation des tiers, se développent dans la sphère de l'*ex ante*. Ils relèvent de la volonté normative de prévention et d'anticipation⁹⁶⁷, en ce qu'il permet comme pilier du droit

⁹⁶⁴ L'*Ex Ante*, expression usuelle dans les théories économiques, correspond à l'expression plus traditionnelle en Droit d'*a priori*, et désigne l'appréhension d'une situation avant que celle-ci ne se constitue. V. *Ex ante/ Ex post* M.-A. Frison-Roche, *Dictionnaire bilingue du droit de la régulation et de la compliance*.

⁹⁶⁵ F. PUEL, « Le recours stratégique aux programmes de *compliance* en droit de la concurrence », in Antoine MASSON (dir.), *Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence*, éd. Larcier, 2013, p. 135.

⁹⁶⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le couple *ex ante/ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation, in *Les engagements dans les systèmes de régulation économique*, Paris, Dalloz, 2006, p. 33-48.

⁹⁶⁷ *Ibid.*

de la *compliance*⁹⁶⁸ d'atténuer et/ou d'éviter dans les contrats d'affaires la commission de manquements à la réglementation en vigueur. Par conséquent, la *compliance* doit favoriser au-delà du respect des normes, une démarche comportementale sous la contrainte normative qui conduit chaque acteur à être obligé d'analyser et d'évaluer ses propres actions. C'est dans cette logique de prévention des risques qui incombe désormais aux acteurs économiques que les mécanismes de la *compliance* ont été développés.

572. Ce changement de paradigme est difficile à retrouver dans les dispositions législatives du droit positif sénégalais de prévention des comportements attentatoires aux valeurs fondamentales. La logique *ex ante* ayant justifié l'émergence du droit de la *compliance*, elle devrait normalement permettre de placer les acteurs économiques et les autorités administratives de contrôle en position préférentielle de veille au respect des obligations imposées. Avec la loi n° 2024-08 du 14 février 2024 ou la loi n° 2025-14 du 4 septembre 2025 qui offre une base légale de protection au lanceur d'alerte dont le statut se rapproche de celui du droit américain, à l'exemple de leur rémunération que le droit français a fait le choix de ne pas prévoir pour des questions d'ordre éthique, nous pouvons constater *a priori* la présence de l'esprit de la *compliance* dans la législation sénégalaise. Mais *a posteriori*, ce qui fait son essence, à savoir la logique *ex ante*, est quasi absent dans le processus opérationnel de contrôle interne et externe des contrats d'affaires prévu par les autres textes, notamment de lutte contre la corruption ou de protection des données personnelles. La *compliance* est un processus d'autorégulation qui nécessite d'être globalisé par une imbrication⁹⁶⁹ de tous les acteurs économiques de tous les secteurs et ne doit pas être cantonné aux seules institutions financières, puisqu'elle repose sur l'internalisation⁹⁷⁰ d'un ensemble de procédures censées garantir, dans les relations d'affaires, le respect des règles qui leur sont applicables ; et en même temps d'être en mesure de le justifier auprès des autorités administratives de régulation. La démarche doit être marquée dans tous les secteurs, par une objectivation des fonctions internes et externes de contrôle et de surveillance. Les acteurs économiques doivent être contraints à poser des règles de procédures et de suivis pour s'assurer de la validité d'une pratique dans leurs relations contractuelles, eu égard aux normes, recommandations et directives.

⁹⁶⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « La responsabilité *ex ante*, pilier du droit de la *compliance* », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2022, 12, pp.621.

⁹⁶⁹ L. PEREZ, *La volonté des parties dans les procédures de régulation*, Thèse Droit, Université Montpellier, 2019, p.480.

⁹⁷⁰ J.-M. SAUVE, « *Compliance*, droit public et juge administratif », *op. cit.*

573. L'absence du caractère singulier de la *compliance* : la dimension procédurale d'autorégulation. Le développement du contrôle interne dans les démarches purement formelles de régulation des activités économiques est un élément essentiel à l'identification et à la détermination de la singularité de la *compliance*. Cette dernière « *est avant tout un processus normatif, entendu comme un processus d'orientation de la conduite humaine par des normes dont la validité peut être objectivée. Cette objectivation s'opère par congruence entre la règle juridique de portée générale émanant d'un régulateur ou d'un méta-régulateur et la règle "d'instanciation" définie par l'opérateur régulé* »⁹⁷¹. Par cette approche, cette dimension de la *compliance* qui consiste à responsabiliser les acteurs économiques afin d'agir en *ex ante*, laquelle rend obligatoire la mise en place d'un programme de conformité, semble être optionnelle en droit sénégalais. À titre d'illustration, en ratifiant et en transposant les instruments internationaux de lutte contre la corruption et de lutte contre le blanchiment de capitaux dans le droit positif sénégalais⁹⁷², il est évident que le législateur sénégalais renforce le dispositif institutionnel des structures de contrôle. Toutefois, il apparaît à travers l'analyse du cadre juridique que celui-ci n'est pas conforme aux standards modernes globalisés de réalisation des objectifs des « buts monumentaux » parce qu'une large implication des acteurs économiques est nécessaire en leur imposant les nouvelles obligations de contrôle des contrats d'affaires. En effet, « *il n'y a pas de compliance possible si les acteurs, les opérateurs, les opérations ne peuvent faire l'objet d'une appréhension formelle, tangible, par les organes qui, le cas échéant, doivent rendre compte de toute défaillance en la matière* »⁹⁷³.

574. À l'analyse, nous avons pu relever que certaines dispositions nationales ne déterminent pas expressément les acteurs économiques du secteur privé qui devraient être assujettis aux dispositifs de *compliance*. À l'exception de la loi n° 2024-08 du 14 février 2024, aucune autre ne prévoit des obligations de *compliance* qui mettent à leur charge l'exigence de mettre en place des mesures de détection, de prévention et de remédiation des risques de non-respect des règles juridiques et éthiques qui leur sont applicables. L'élaboration des mesures de contrôle de conformité semble donc globalement rester dans la sphère de la « *compliance* initiative », puisque laissée à la bonne volonté des acteurs économiques⁹⁷⁴.

⁹⁷¹ L. PEREZ, *La volonté des parties dans les procédures de régulation*, op. cit., p. 480.

⁹⁷² À savoir la loi uniforme n° 2024-08 du 14 février 2024 relative à la LCB/FT/FP, la convention de l'Union africaine de 2003 sur la prévention de la lutte contre la corruption ratifiée par la loi n° 2007-09 du 15 février 2007, la convention Mérida de 2003 ratifiée par la loi n° 2005-11 du 03 août 2005, le protocole de la CEDEAO de 2001 sur la lutte contre la corruption ratifiée par la loi n° 2015-16 du 06 juillet 2015, etc.

⁹⁷³ M.-M. SALAH, « Conception et application de la *compliance* en Afrique », op. cit., p. 176.

⁹⁷⁴ *Ibid*, p. 178.

575. Il faut également souligner que, sur le plan procédural, contrairement aux autorités de contrôles françaises et américaines, la plupart des autorités administratives de contrôle sénégalais, à l'exemple de la CENTIF ou de la Commission de protection des données personnelles (CDP), ils n'ont pas le pouvoir d'auto-saisine ou de saisir directement les autorités de poursuite judiciaire. Elles se limitent par conséquent à des programmes annuels de contrôle qui sont soumis à l'approbation de l'autorité de tutelle qui est le destinataire des rapports établis⁹⁷⁵. De surcroît, il est possible d'observer des insuffisances dans le suivi de l'effectivité de l'application des mesures répressives et préventives issues des rapports d'enquête et de contrôle⁹⁷⁶. En réalité, les autorités administratives de contrôle n'ont pas le pouvoir légal de sanctionner les acteurs économiques en leur imposant une amende ou en leur ordonnant de se mettre en conformité. Au regard de ces constations, l'adaptation du cadre juridique sénégalais de la *compliance* devrait se faire en impliquant tous les acteurs concernés, y compris le secteur informel qui constitue un obstacle limitant l'efficacité du déploiement de la *compliance* en droit positif sénégalais.

576. **Le champ de déploiement des dispositifs de *compliance* limité.** « *Pour que la compliance puisse être mise en œuvre, il faut à la fois que les acteurs soient identifiés et que les opérations et les transactions puissent être établies et retracées* »⁹⁷⁷. En droit sénégalais, ce processus fait face notamment aux obstacles qui découlent de la place qu'occupe le secteur informel dans ce système juridique. Définit comme « *l'ensemble des pratiques souterraines, officieuses, parallèles ou pratique relevant de l'économie populaire civile* »⁹⁷⁸, le secteur informel couvre diverses activités, notamment commerciales, immobilières, de transport, de pêche, d'exploitation des ressources naturelles à travers lesquelles naissent instantanément des contrats sans écrit ou avec écrit, mais non enregistré rendant difficile leurs traçabilités et leurs contrôles. De multiples opérations économiques sont effectuées par des acteurs économiques « justiciables d'une démarche de *compliance* », mais qui contre toute attente n'entrent pas dans le champ des dispositifs visant le déploiement des obligations de *compliance*. À ce facteur s'ajoute le taux de bancarisation relativement faible (22,39 % en 2023) qui favorise l'utilisation des transactions par espèces dans les contrats d'affaires. Ce qui facilite le contournement des obligations de *compliance* posées par les lois sur la lutte contre la corruption ou la

⁹⁷⁵ OFNAC, Stratégie nationale de lutte contre la corruption 2020-2024, p. 43.

⁹⁷⁶ *Ibid.*

⁹⁷⁷ M.-M. SALAH, « Conception et application de la *compliance* en Afrique », *op. cit.*, p. 176.

⁹⁷⁸ J.-L. LESPÈS (dir.), *Les pratiques juridiques, économiques et sociales*, Actes de colloque international de Nouakchott, 8-11 décembre 1988, Université de Nouakchott, Université d'Orléans, Loiret, 1991.

LCB/FT/FP⁹⁷⁹. Dans ce contexte, les autorités administratives de contrôle ne disposent pas de suffisamment d'informations et d'éléments factuels permettant de retracer les contrats conclus entre acteurs du secteur informel.

577. En somme, au regard de ce qui précède, nous pouvons constater que, mis à part la loi n° 2024-08 du 14 février 2024 relative à la LCB/FT/FP qui prévoit un dispositif complet de contrôle interne et externe mettant à la charge des institutions financières un ensemble d'obligations de *compliance*⁹⁸⁰, le déploiement des obligations de *compliance* en droit sénégalais dans les autres domaines concernés est de l'œuvre des filiales ou des sous-traitants des multinationales étrangères, ou des acteurs économiques nationales, à travers des contrats ou à travers leurs activités dans le secteur économique international. Ainsi, pour assurer le déploiement effectif de la *compliance*, il convient également de réduire les facteurs de vulnérabilité de la logique *ex ante* dans l'élaboration des règles de sanction des manquements aux obligations de *compliance*.

B- La relativité de logique *ex ante* dans le prononcé des sanctions de *compliance*

578. **La nécessité de prévalence du principe de sanction en *ex ante* en cas de manquement d'une obligation de *compliance*.** La crise des *subprimes* de 2007-2008 a révélé combien il est difficile avec la sanction *ex post* de concilier deux objectifs majeurs : la détection et prévention des risques par des sanctions dissuasives de la diffusion de pratiques illicites, et le maintien de l'équilibre du marché économique. Ainsi, s'il est unanimement admis que la *compliance* se situe dans la sphère de l'*ex ante*, cela suppose que les manquements aux obligations juridiques et éthiques imposées s'inscrivent dans un droit répressif *ex ante*. En effet, les sanctions administratives étant rattachées à des obligations *ex ante* de *compliance*, cette logique impose aux acteurs économiques assujettis de prouver, par avance, qu'eux et les personnes qui dépendent d'eux tendent vers la réalisation des « buts monumentaux ». Dès lors,

⁹⁷⁹ Nous pouvons citer à titre d'exemple la loi n° 2024-08 du 14 février 2024 relative à la LCB/FT/FP qui impose aux organismes financiers l'obligation d'identifier leurs clients, le cas échéant les personnes pour lesquelles ils agissent, ainsi que les autres clients « pour toute transaction dont le montant ou la contrevaletur en Franc atteint ou excède cinq millions de francs, qu'elle soit effectuée en une seule ou en plusieurs opérations (...) ». Cette opération semble être impossible dans le cadre des transactions effectuées dans le secteur informel.

⁹⁸⁰ V. les chapitres I et II du titre II portant sur les obligations des personnes assujetties. À l'instar des lois française sur la LCB/FT qui mettent à la charge des institutions financières l'obligation de mettre en place une procédure interne inscrite dans le chapitre des obligations de vigilance (art. L. 561-32 à L. 561-35 du Code monétaire et financier), le législateur sénégalais met à la charge des institutions financières, pour prévenir les risques de BC/FT, des obligations de vigilance qui les imposent à mettre en place un programme de prévention de BC/FT : cartographie des risques (art. 25, 1°), un dispositif de formation (art. 23), l'instauration d'une fonction de conformité (art. 24 al. 4), l'identification des clients (art. 26), etc.

s'il ne s'agit que de sanctionner un comportement dommageable ou de punir les atteintes à la probité, il faut alors contester la légitimité de l'existence de la *compliance* dans la mesure où ses mécanismes de sanction ne seraient pas indissociables de ceux du droit de la responsabilité contractuelle. Nous savons donc que ce qui fonde la méthodologie de la *compliance*, c'est la responsabilisation *ex ante* qui permet, sans exclure la responsabilité contractuelle ou pénale, d'organiser les mécanismes de son évitement ou de son atténuation⁹⁸¹.

579. L'objectif est de prononcer des sanctions pécuniaires ou réputationnelles, ou encore des mises en demeure, afin que, par leur sévérité, elles puissent alerter les acteurs économiques quant à la visée répressive à laquelle ils pourraient faire face. À ce titre, dans la logique normative du droit de la *compliance*, pour permettre à celui-ci de jouer pleinement son rôle, c'est le principe de la sanction *ex ante* qui prévaut. Or, en droit sénégalais, c'est contre toute attente, celui de *l'ex post* qui s'applique aux manquements des obligations de la *compliance*. L'exemple patent, c'est celui des poursuites pénales engagées par le Pôle judiciaire financière pour des malversations présumées du fonds Covid-19 sur la base du rapport d'audit publié en décembre 2022 par la Cour des comptes du Sénégal.

580. L'exclusion du principe de sanction *ex ante* des manquements aux obligations de *compliance* dans les contrats d'affaires en droit sénégalais. En droit positif sénégalais, les lois qui marquent l'incorporation de l'esprit de la *compliance* n'offrent pas des outils de responsabilisation *ex ante* permettant de contraindre les acteurs économiques à faire siennes les obligations de *compliance*. En étudiant divers règlements sénégalais, nous avons constaté que, contrairement à la loi « Sapin 2 » française, à la loi de vigilance française ou au *Foreign Corrupt Practices Act américain*, le cadre juridique de la conformité au Sénégal ne prévoit pas de sanctions financières ni disciplinaires. Ces dernières auraient pour but de signaler les conséquences potentielles, tant contractuelles que pénales, et de modifier en amont le comportement des acteurs économiques. En effet, ni la loi sur la LCB/FT/FP⁹⁸², ni les lois uniformes sur la lutte contre la corruption⁹⁸³ qui répriment les manquements aux obligations de *compliance* n'ont doté les autorités administratives de régulation d'outils dissuasifs permettant de faire de la sanction *ex ante* le meilleur moyen de lutter contre les « buts monumentaux

⁹⁸¹ S. TATIANA, J. TRICOT, « La loi sur le devoir de vigilance : un modèle pour (re)penser la responsabilité des entreprises », *op. cit.*, p. 13.

⁹⁸² Loi n° 2024-08 du 14 février 2024 relative à la LCB/FT/FP.

⁹⁸³ La loi n° 2015-16 du 06 juillet 2015 ratifiant le protocole du 21 décembre 2001 de la CEDEAO sur la lutte contre la corruption ; la loi n° 2007-09 du 15 février 2007 ratifiant la Convention de l'Union africaine du 11 juillet 2003 portant sur la prévention et la lutte contre la corruption ; la loi n° 2005-11 du 03 août 2005 ratifiant la Convention des Nations Unies contre la corruption du 09 décembre 2003.

négatifs »⁹⁸⁴. L'exemple le plus significatif que nous pouvons prendre est celui de l'inexistence dans les corps de contrôle, tels que l'OFNAC et la CENTIF, des pouvoirs de sanctions administratives et pécuniaires. Ces pouvoirs constituent le principe de la violation des obligations de *compliance*. C'est donc le modèle traditionnel de sanction *ex post* qui prévaut en droit sénégalais.

581. À titre d'illustration, le nouvel article 182, qui traite des sanctions administratives et disciplinaires en cas de non-respect aux obligations de *compliance* de la loi n° 2024-08 du 14 février 2024 sur la LCB/FT/FP se limite à un simple renvoi de l'application des sanctions administratives selon les conditions prévues par les textes législatifs et réglementaires spécifiques en vigueur⁹⁸⁵. Il n'existe pas de dispositions législatives spécifiques fixant les modalités des sanctions administratives en cas de manquement aux obligations préventives de LCB/FT. Cependant, pour combler cette lacune, l'autorité de répression administrative peut faire usage de l'article 27 de la Convention régissant la Commission bancaire de l'Union monétaire ouest-africaine (UMOA) pour prononcer à leur encontre des mesures administratives, soit « *une mise en garde* », ⁹⁸⁶ soit « *une injonction à l'effet notamment de prendre, dans un délai déterminé, les mesures de redressement nécessaires ou toutes mesures conservatoires qu'elle juge appropriées ou de faire procéder à un audit interne* »⁹⁸⁷. La sanction pécuniaire, quant à elle, n'est prévue que dans la Convention régissant la Commission bancaire à travers l'article 28, alinéa 2⁹⁸⁸ et n'est pas généralisée. Toutefois, même si les dispositions de cet article ne concernent pas spécifiquement les sanctions administratives des manquements aux obligations préventives de BC/FT/FP, parce que le législateur ne fait référence qu'aux manquements de bonne conduite et à la compromission de l'équilibre financier, nous pouvons sans doute considérer que la généralité de ces notions n'exclut pas la possibilité d'en faire usage dans le cadre des sanctions de *compliance*.

⁹⁸⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « Les Buts monumentaux, cœur battant du Droit de la Compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, op. cit.

⁹⁸⁵ Article 182 de la loi n° 2024-08 du 14 février 2024 relative à la LCB/FT/FP dispose que : « Lorsque, par suite, soit d'un grave défaut de vigilance, soit d'une carence dans l'organisation de ses procédures internes de contrôle, une personne a méconnu les obligations que lui imposent les titres II de la présente loi, l'autorité de contrôle ayant pouvoir disciplinaire peut agir d'office dans les conditions prévues par les textes législatifs et réglementaires spécifiques en vigueur (...) ».

⁹⁸⁶ Article 27, 1° de la Convention régissant la Commission de l'Union monétaire ouest-africaine (UMOA) du 20 janvier 2007 ratifiée par la loi n° 2008-27 du 28 juillet 2008.

⁹⁸⁷ Article 27, 2° Ibid.

⁹⁸⁸ Article 28, alinéa 2 : « La Commission bancaire peut prononcer, en plus des sanctions disciplinaires visées au premier alinéa, une sanction pécuniaire dont le montant est fixé par instruction de la Banque Centrale. Les sommes correspondantes sont recouvrées par le Banque Centrale du Trésor Public de l'État concerné ».

582. Cependant, même si cette démarche procédurale, empreinte de la logique de la *compliance*, qui est de doter les autorités administratives de régulation de pouvoirs de sanctions *ex ante*, est quasi absente des « buts monumentaux », notamment de lutte contre la corruption et de LCB/FT ; nous pouvons constater que, dans le domaine de la protection des données à caractère personnel, la Commission de protection des données à caractère personnel (CDP) est investie de pouvoirs de sanctions administratives (avertissement, mise en demeure, retrait provisoire de l'autorisation de traitement) et pécuniaires (amende d'un à cent millions de francs CFA). Ses pouvoirs de sanctions administratives et pécuniaires ont pour sièges les articles 29 et 30 de la loi n° 2008-12 du 25 janvier 2008 portant sur la protection des données à caractère personnel.

583. En somme, pour concrétiser efficacement les valeurs, les vertus et les règles sociales exprimées par le droit de la *compliance* qui tente de moraliser les contrats d'affaires, une restructuration des pouvoirs de contrôles et de sanctions s'impose.

Sous-section 2 : La restructuration nécessaire des autorités de contrôle des contrats d'affaires en droit sénégalais

584. Le rôle des contrôles et des sanctions pour dissuader les manquements aux obligations de *compliance*. À l'évidence, l'effectivité et l'efficacité des normes de *compliance* découleront du renforcement du système de contrôles et du durcissement des sanctions afin de privilégier la prévention, l'autorégulation et la co-régulation à la répression. Cela implique une démarche proactive des acteurs économiques assujettis afin de promouvoir la culture éthique et la prévention des délits dans les contrats d'affaires. Contrairement à la loi « Sapin 2 », la loi de vigilance, le *Foreign Corrupt Practices Act*, les lois sénégalaises ne s'inscrivent pas expressément dans cette logique.

585. Plan. Le dispositif normatif de *compliance* en droit sénégalais n'a pas encore atteint sa maturité. Il semble encore très fragile et très insuffisant pour assurer à lui seul, sans implication des acteurs économiques, dès que l'ensemble des pouvoirs de régulation des activités économiques est placé sous les mains des autorités étatiques, une dissuasion intégrale de violation des normes juridiques et éthiques. Il semble donc nécessaire de diversifier les acteurs de contrôles (**A**), mais aussi durcir les sanctions (**B**) aux manquements des obligations de *compliance*.

A- La nécessaire diversification des acteurs de contrôle

586. La nécessité d'impliquer les acteurs privés dans le contrôle des contrats d'affaires en droit sénégalais. La conception pragmatique qui a fondé le droit de la *compliance* en raison de l'importance des buts poursuivis, et celle qui a consisté à assigner à l'assujetti l'obligation de garantir la légalité de ses comportements, parce qu'il est considéré comme apte, compte tenu de sa position, à fournir les moyens permettant de prévenir la réalisation des comportements illégaux et de diffuser la culture éthique dans les relations d'affaires⁹⁸⁹. Toutefois, à lire les lois sénégalaises, cette dynamique d'imbrication des acteurs économiques dans le processus de diffusion des obligations de *compliance* dans les contrats d'affaires est encore peu ancrée en droit sénégalais. En effet, malgré l'adoption d'un certain nombre de dispositifs législatifs, ces derniers manquent d'imposer aux acteurs économiques privés l'adoption de mesures contraignantes ou incitatives juridiques de *compliance*. Ce modèle d'autorégulation est relativement absent des dispositifs législatifs sénégalais, notamment des lois uniformes transposées relatives à la lutte contre la corruption.

587. À l'évidence, malgré la stratégie nationale de lutte contre la corruption adoptée avec la création de l'OFNAC, le Sénégal continue de rester dans le rouge même avec une augmentation de +9 points de son Indice de Perception de la Corruption (IPC) entre 2012 et 2016, avant de perdre 2 points entre 2020 et 2021, pour les reprendre en 2024. Avec un score de 45, le Sénégal occupe en 2024 la 69^e place au niveau mondial et à la 10^e au niveau africain du classement de *Transparency International* sur le niveau de perception de la corruption⁹⁹⁰ dans le secteur public publié le 11 février 2025. Les défis de *compliance* subsistent et cela est intrinsèquement lié, d'une part, à l'insuffisance et au manque de clarté de la politique législative quant à l'imbrication des entités privées dans le processus normatif de *compliance*, et d'autre part, de la faiblesse normative d'incitation à l'appropriation par les acteurs économiques du secteur privé de la bonne diffusion de comportements plus éthiques et des obligations prévues par les textes. En effet, les textes ne précisent pas explicitement les obligations de *compliance* qui leur incombent⁹⁹¹. Ceci fait que la soumission des acteurs privés aux obligations de

⁹⁸⁹ L. BENZONI, B. DEFFAINS, « Approche économique des outils de la compliance : finalité, mesure, effectivité de la compliance subie et choisie », in M.-A. Frison-Roche, *Les outils de la compliance*, op. cit., p. 45. Selon le Professeur L. Benzoni et le Professeur B. Deffains, l'objet, voire l'objectif même de la *compliance*, consiste « pour l'État de déléguer aux entreprises elles-mêmes la responsabilité directe ou indirecte de vérifier les infractions qu'elles sont susceptibles de commettre (...) ».

⁹⁹⁰ CPI2024_Report_FR-web. www.transparency.org/cpi

⁹⁹¹ C'est notamment le cas avec la loi n° 2020-02 du 07 janvier 2020 relative aux Petites et Moyennes Entreprises (PME) qui reste assez vague sur les termes employés quant aux obligations éthiques mises à la charge des PME.

compliance dans leurs relations contractuelles est marquée par une certaine ambiguïté juridique. À titre d'exemple, nous pouvons constater que les obligations issues de la loi uniforme du droit sénégalais sur la lutte contre la corruption ou de la loi sur la LCB/FT/FP sont peu mises en œuvre au sein des entités économiques privées. Même si des mesures de prévention et de détection des atteintes à la probité existent, elles sont dispersées et incomplètes, et ne concernent le plus souvent que les entités publiques. En effet, il faut constater que les contrôles exercés par les autorités administratives, telles que l'OFNAC, l'IGF (Inspection Générale des Finances), l'IGE (Inspection Générale d'État), concernent plus le secteur parapublic.

588. Dans ce contexte, la mise en place d'un programme de conformité demeure une option et non une obligation réglementaire. Par conséquent, peu d'entreprises du secteur privé ont désigné un référent dédié à la prévention des comportements interdits par un contrôle interne du respect de la réglementation qui les concerne. Par conséquent, ce sont des obligations qui restent pour les acteurs économiques du secteur privé sous la sphère de la *soft law*. Les chartes de transparence et les codes de conduite ne voient le jour que par le biais d'un pacte d'intégrité qui n'a pas force obligatoire, établis entre le secteur privé et l'autorité administrative.

589. Propositions de renforcement du dispositif de *compliance*. Face aux insuffisances des dispositifs du droit sénégalais en matière de *compliance* que nous avons dressés, nous proposons de renforcer les obligations des acteurs privés quant aux contrôles de conformité du dispositif de *compliance*. Pour ce faire, le législateur sénégalais doit commencer à penser et à discuter de l'adoption de mesures incitatives juridiques, semblables aux dispositifs de la loi dite « Sapin 2 »⁹⁹², de la loi dite « de vigilance »⁹⁹³ ou du *Foreign Corrupt Practices Act* tout en l'adaptant aux réalités juridiques et sociales du marché économique sénégalais. À cet effet, il convient d'étendre le champ des dispositifs de *compliance* au secteur privé, et obliger les personnes qui seront assujetties à se doter d'un programme de *compliance* parce qu'étant dans une position favorable de concrétisation des « buts monumentaux ». Cette

L'article 10 de ladite loi en ses termes parle de responsabilité des PME qui doivent notamment s'interdire pour une bonne gouvernance, tout acte de fraude et de corruption (alinéa 9). Aucune définition n'a été donnée par le législateur sur ce qu'il faut entendre par « bonne gouvernance » et qu'elles sont les mesures à poser pour le respect de cette obligation. Cependant, s'il faut se référer aux principes universels reconnus de la bonne gouvernance d'entreprise, sa mise en œuvre par les PME ferait sans doute défaut lorsqu'on applique le principe d'intégrité et le principe de transparence, lesquels nécessitent le respect de la loi et des réglementations qui est sans réel contrôle dans le secteur privé par les autorités administratives. La tâche est donc aux entreprises d'établir les modalités de la bonne gouvernance pour prévenir les risques de fraude et de corruption.

⁹⁹² Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

⁹⁹³ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

approche doit être ancrée dans la contrainte légitime de la loi. Elle peut être mise en œuvre grâce à des modes d'autorégulation, tels que le contrôle interne, la fonction de responsable de la conformité et la cartographie des risques. Ils doivent être des exigences directes dans les différentes législations qui ont une visée commune ; celle de moraliser les contrats d'affaires par l'installation d'un dispositif ou d'un ensemble de dispositifs pour tendre vers la réalisation des « buts monumentaux ».

590. La nécessité de renforcer l'étendue des missions de contrôle des contrats d'affaires attribuées aux autorités de régulation. En droit sénégalais, nous avons aussi vu dans nos développements antérieurs que les autorités administratives indépendantes utilisent encore les méthodes traditionnelles de surveillance, soit à la demande du ministère de la tutelle, soit sur la base d'enquêtes, d'inspections, d'audits ou de vérifications. Elles établissent ensuite un rapport qui est transmis aux autorités responsables des procédures judiciaires. Elles ont recours à des formes de contrôle plus souples, en privilégiant la détection des manquements à la probité, plutôt que de s'assurer de l'existence d'un réel dispositif de garantie de la conformité aux lois et réglementations au sein des entités assujetties. Il convient de relever que ce mécanisme s'écarte de la méthodologie de la *compliance* qui exige d'agir en *ex ante* pour la gestion des risques de manquement à la probité. En effet, la *compliance* repose en dernier ressort sur les autorités administratives indépendantes qui sont chargées de contrôler le respect par les acteurs économiques assujettis des obligations qu'elle implique⁹⁹⁴. À cet effet, la mise en œuvre et le déclenchement du processus de contrôle de conformité exercé par les autorités administratives ne doivent pas dépendre du pouvoir exécutif, comme c'est plus souvent le cas en droit sénégalais où ce dernier peut en faire usage en fonction de ses intérêts politiques.

591. Nous pensons que, pour réussir à concilier l'exigence d'efficacité des dispositifs de détection et de prévention des risques juridiques avec le respect de l'éthique dans les relations d'affaires, les pouvoirs de contrôle des autorités administratives ne doivent pas souffrir d'une absence d'autonomie et d'indépendance. Elles doivent être placées au centre du dispositif de détection et de prévention des manquements à la probité dans les relations d'affaires, dotées de réels pouvoirs d'investigation et qui doivent pouvoir agir en toute indépendance. Le renforcement des missions de contrôle suppose une attribution légale de pouvoir de contrôle aléatoire. De surcroît, l'acclimatation effective des exigences de la *compliance* suppose également l'extension des pouvoirs de contrôle des autorités administratives au sein du secteur

⁹⁹⁴ M.-M. SALAH, « Conception et application de la *compliance* en Afrique », *op. cit.*, p. 179.

privé, où nous avons relevé que les contrôles sont insuffisamment fréquents et effectifs pour aboutir à l'application de sanctions administratives ou pénales. Cette absence ou cette insuffisance des procédures de contrôle est donc la conséquence de la rareté, voire de l'inexistence d'application des sanctions administratives et disciplinaires dissuasives qui rendent vulnérables les dispositifs législatifs de la *compliance*. À titre d'illustration, selon la Banque mondiale, dans le cadre des contrôles de conformité aux normes de LBC/FT/FP diligentés par la COBAC (Commission Bancaire de l'Afrique Centrale) et la Commission bancaire des États de l'Afrique de l'Ouest, ceux-ci se sont révélés insouciantes et conduisent rarement à des sanctions administratives et pénales. Par conséquent, leur absence ou insuffisance est source de vulnérabilité⁹⁹⁵ pour l'effectivité et l'efficacité du dispositif de *compliance*. Ainsi, après la nécessité de renforcer les pouvoirs de contrôle des acteurs, il est donc nécessaire d'aller vers le durcissement des sanctions.

B- Le nécessaire durcissement des sanctions

592. La nécessité de durcir les sanctions administratives et pénales de contrôle des contrats d'affaires. L'augmentation des risques de manquement aux questions éthiques et aux questions relatives à la probité dans les contrats d'affaires doit être accompagnée d'un durcissement des sanctions administratives et pénales. Cette politique législative pourra pousser l'assujetti, dont la réputation pourrait être mise en cause et la responsabilité engagée, à être plus exigeant sur le respect des nouvelles obligations de *compliance*.

593. En effet, les objectifs pour atteindre les « buts monumentaux » ne doivent pas se limiter sur le volet de la « détection et de la prévention » des risques. La sanction est une composante essentielle pour la moralisation des contrats d'affaires par un programme de *compliance* solide et fonctionnel. Cela sera possible en donnant la possibilité aux autorités de régulation de prononcer à l'égard des mises en cause, à l'instar des lois américaines, de la loi « Sapin 2 » ou de la loi dite « loi Vigilance », des sanctions disciplinaires, pécuniaires, d'astreintes, de publicité des infractions commises sur un registre dédié, de mise en conformité confiée à l'autorité administrative, de justice pénale négociée, etc. Cette sévérité des sanctions peut inciter les assujettis au respect des normes juridiques et éthiques qui s'appliquent à eux. Il

⁹⁹⁵ V. Banque mondiale, « Constatation et recommandations provisoires sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme dans la Zone franc », note préparatoire établie au service de la Banque.

faut donc réussir à transformer les obligations de *compliance* en risque juridique de sanction pour les acteurs économiques assujettis.

594. Les implications du durcissement des sanctions administratives et pénales de contrôle des contrats d'affaires. Le durcissement des sanctions de *compliance* a pour finalité de permettre de s'assurer du respect des règles auxquelles les acteurs économiques assujettis sont soumis, mais également de lutter efficacement contre les « buts monumentaux négatifs » dans les contrats d'affaires. En effet, à l'instar du RGPD qui a considérablement augmenté le seuil des sanctions pécuniaires qui peuvent désormais atteindre le montant de 20 millions d'euros ou 4 % du chiffre d'affaires mondial, en droit sénégalais, le renforcement des pouvoirs de sanctions des autorités de contrôle implique une augmentation significative du seuil de sanction pécuniaire. Pour diverses raisons, l'existence d'une politique de sanction s'avère nécessaire. D'une part, elle permet d'ajuster le comportement proscrit des acteurs économiques afin de protéger le monde des affaires et les autres acteurs. D'autre part, elle donne la possibilité aux autorités administratives de régulation de faire cesser ou de sanctionner tout comportement prohibé. En effet, « *même si la principale raison pour la mise en place d'un programme de conformité est la détection et la prévention des infractions, la prise en compte de l'existence de tels programmes comme circonstances atténuantes peut renforcer les incitations à mettre en place des programmes efficaces*⁹⁹⁶. Il est nécessaire que chacun des dispositifs visant les « buts monumentaux » prévoie un mécanisme de sanctions propres à conférer aux programmes de *compliance* imposés, une force non seulement obligatoire, mais aussi contraignante⁹⁹⁷.

595. À l'évidence, « *la menace de sanctions sévères et la crédibilité de la mise en application des lois incitent de façon positive les entreprises à mettre en œuvre des fonctions de conformité internes efficaces, visant à prévenir (...) et à garantir que tout comportement infractionnel ou à risque soit identifié et résolu en interne* »⁹⁹⁸. Ainsi, la prévention et la pédagogie par le durcissement des sanctions pour une prise de conscience de l'importance de l'appropriation de la culture de *compliance* sont aujourd'hui les files conductrices pour éviter les manquements à la probité et ainsi réguler réellement le monde des affaires.

596. En définitive, l'objectif de durcir la sanction est de ne pas donner la possibilité à l'assujetti de faire le choix de privilégier la réalisation du comportement prohibé dès l'instant

⁹⁹⁶ C. XUEREF, « Sanctions et conformité », *BJB*, 1^{er} déc. 2009, p. 435.

⁹⁹⁷ V. généralement, C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant, LGDJ, 2009.

⁹⁹⁸ *Ibid.*

que les coûts de leur prévention sont plus importants que le profit attendu. Pour éviter que les dispositifs de *compliance* ne soient pas soumis à « l'effet d'Arlen »⁹⁹⁹, il apparaît impératif que la mise en place de ces dispositifs soit contrôlée par les autorités administratives indépendantes. L'apport de la *compliance* en droit sénégalais permet de ne pas laisser les acteurs économiques nationaux s'exposer aux lourdes sanctions des régulateurs étrangers par l'extraterritorial de leurs lois, même s'il faut reconnaître que « *le droit de la compliance et par nature extraterritorial dans la mesure où il intègre des buts monumentaux eux-mêmes extraterritoriaux (...)* »¹⁰⁰⁰. Mais aussi de prévenir les risques de perte de confiance de tout ce qui pourrait détruire la probité, l'équilibre et l'équité recherchés dans les contrats d'affaires.

597. Conclusion de la section 2. Le phénomène de la *compliance* fait naître une nouvelle façon de moraliser et de réguler les activités économiques par la méthode de décentralisation de l'élaboration des normes juridiques et éthiques. Au regard des observations qui précèdent, il est insuffisant, comme nous l'avons constaté en droit sénégalais, de se limiter à établir des règles juridiques qui se rattachent à la logique de la *compliance* sans une réelle politique législative de responsabilisation des acteurs économiques et d'une délégation de pouvoir de contrôle et de sanction renforcée des autorités administratives. Donc, l'efficacité de la *compliance* serait limitée si elle n'est pas greffée de la logique *ex ante* dans l'élaboration des règles de contrôle et de sanction des comportements attentatoires aux valeurs fondamentales.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

598. La méthode de la *compliance*, apparue dans le domaine du droit des marchés financiers, a été utilisée pour moraliser les contrats d'affaires. Elle s'est répandue à d'autres secteurs du droit économique, notamment grâce aux programmes de conformité qui y ont introduit une dimension éthique. Cette fonction de moralisation peut lui être reconnue, parce qu'elle exige des acteurs économiques qu'ils affichent une politique claire de mise en place de mesures de veille aux comportements prohibés et de respect des règles juridiques. En effet,

⁹⁹⁹ J. ARLEN, « The potential Perverse Effects of corporate Criminal Liability », *Journal of Legal Studies*, vol. XXIII, 1994, p. 830-860. L'effet d'Arlen montre que les entreprises assujetties, notamment les banques dès l'instant qu'elles « consacrent d'effort à surveiller leur personnel, plus elles détectent d'infractions qu'elles doivent signaler et augmentent ainsi leur exposition aux sanctions pénales », ce qui fait qu'elles n'ont pas souvent la volonté de mettre en place des dispositifs de contrôle interne des comportements prohibés. V. en ce sens B. DEFAINS, C. DESRIEUX, « Dispositifs de *compliance* et lutte contre la corruption : quelques éléments d'analyse économique du droit », *RDIA* n° 1, 2018, p. 32.

¹⁰⁰⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « Gouvernance d'internet : « Nous sommes face à un enjeu de civilisation », *LPA*, 18 juillet 2019, n° 143, p. 4.

l'objectif va au-delà de la contrainte ou de l'incitation au respect des normes applicables. Il cherche également à inculquer sur le plan éthique une culture d'intégrité, de la transparence et de confiance renouvelée à l'égard des parties prenantes. Et dans un contexte plus général, la *compliance* pourrait être appréhendée comme un facteur d'égalité des chances et des droits entre parties contractantes ou même entre concurrents.

599. Face à de tels objectifs d'intérêt général, la mise en place d'une politique de *compliance* ne saurait se limiter à une simple adoption de textes législatifs sans une réelle attribution de pouvoir de contrôles et de sanctions. *De lege lata*, en droit sénégalais, les lois conçues pour prévenir les « buts monumentaux négatifs » par le biais des procédures de contrôles et de sanctions sont en général des mesures punitives placées dans la sphère de l'*ex post*, c'est-à-dire après la réalisation du comportement prohibé. *De lege ferenda*, les pouvoirs de contrôles et de sanctions des autorités de régulation doivent être renforcés en les plaçant en *ex ante*. Cela exige, d'une part, que les acteurs économiques soient intégrés au processus d'élaboration des règles de la conformité. D'autre part, il faut étendre les fonctions de surveillance et de sanction des organismes de réglementation grâce à des procédures solides de veille, de vérification, d'audit, de correction des programmes de conformité par des sanctions administratives, de mise en conformité ou encore de mises en demeure. Dans cette optique, pour diversifier également les pouvoirs répressifs des autorités administratives de contrôle, le législateur sénégalais pourrait leur accorder la possibilité de former des recours contre les décisions des commissions des sanctions.

600. Cependant, pour que les effets attendus se produisent, il faut, en droit sénégalais, mettre en place une politique législative efficace. Cela peut se faire en rendant obligatoire l'adoption d'un programme de *compliance*, qui sera matérialisé dans une large mesure par des outils persuasifs qui vont contraindre les acteurs assujettis à réellement s'impliquer dans la réalisation des « buts monumentaux ». Cela permettra aussi l'attribution de pouvoirs de contrôle aux autorités de régulation pour un suivi efficace du respect des lois et réglementations en vigueur. L'objectif est de ne plus être dans une posture de réaction lorsqu'un comportement prohibé survient dans un contrat d'affaires ; mais plutôt dans une posture de détection et de prévention. Il s'agira d'agir en amont pour éviter sa réalisation afin de maintenir, le cas échéant, le contrat d'affaires dans une situation conforme aux règles juridiques et éthiques.

Chapitre 3 : L’ancrage de la *compliance* pour moraliser les contrats d’affaires en droit américain

601. La *compliance*, une force normative de régulation des activités économiques très tôt consacrée en droit américain. La tendance actuelle d’une approche moralisatrice des contrats d’affaires qui tend vers un idéal de *compliance* dans les activités économiques a été impulsée il y a plusieurs décennies par les États-Unis¹⁰⁰¹. Inspirés par l’extraterritorialité des dispositifs de *compliance*, les fondements du droit de la *compliance* en droit français et en droit sénégalais sont à rechercher dans les dispositifs législatifs américains. En effet, pour saisir l’essence de la *compliance*, il est indispensable, voire logique, de porter un regard sur les premières références juridiques qui étaient essentiellement américaines et qui encadraient, dans le processus de régulation des activités économiques, les exigences de respect de normes juridiques et éthiques. Avant de faire irruption dans pratiquement tous les domaines du droit et conquérir le monde des contrats d’affaires, et ce, en dehors même des territoires de son édicition, le terme de *compliance* a été utilisé pour la première fois aux États-Unis lors de la crise boursière qui a entraîné une crise bancaire en 1929¹⁰⁰². Celle-ci a fait naître l’idée de mettre en place des mesures incitatives d’autocontrôle et de contrôle dans l’optique de protéger et de sécuriser les activités bancaires et financières. Ces objectifs ont été renouvelés et renforcés par la réforme financière mise en place par la loi-cadre américaine, le *Dodd-Frank Act*, entrée en vigueur en 2012. Elle a pour objectif principal de renforcer la réglementation des institutions financières à la suite de la crise financière de 2008 en incitant à une meilleure transparence dans les transactions financières. Toutefois, le Chef de l’État des États-Unis a manifesté la volonté de revenir sur la loi *Dodd-Frank* et, généralement, de libérer les banques américaines de la soumission au droit bancaire de la *compliance*, c’est-à-dire aux normes de Bâle III.

602. Pour le Professeur J. Mestre, « *la compliance, ce n’est pas (...) simplement ce respect du droit applicable auquel les juristes ont de tout temps été habitués, c’est, de façon plus profonde, un faisceau de comportements, d’actions et de procédures tournées, de manière convergente, vers la mise en œuvre de normes socialement utiles et bien souvent fondamentales* »¹⁰⁰³. C’est sous le prisme de ces normes fondamentales que le concept de

¹⁰⁰¹ F. SOUTY, « Entreprises, concurrence, conformité : définition empirique de la *compliance* », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 55, 1^{er} novembre 2016.

¹⁰⁰² B. CORDIER-PALAISSSE, « Origines et enjeux de la *compliance* : *compliance* et gouvernance », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 165, 1^{er} décembre 2020 ; A. MAYMONT, *La compliance en droit bancaire et financier*, Mare & Martin, Coll. Droit privé & sciences criminelles, 2022, p. 29.

¹⁰⁰³ J. MESTRE, « *Compliance* », *Revue Lamy Droit civil*, n° 181, 1^{er} mai 2020.

compliance est né aux États-Unis, devenant au fur des années une culture¹⁰⁰⁴. Il a permis au droit, souvent décrit comme technique et réservé aux seuls initiés, de s'ouvrir à l'ensemble des acteurs économiques, initiant chacun dans ce rôle de quête de bonnes pratiques dans les relations d'affaires¹⁰⁰⁵. Une primauté d'exigences qui quittent la dimension de la *soft law* pour atteindre la dimension de la *hard law* s'installe très tôt dans le droit américain, obligeant les acteurs économiques, plutôt que d'être dans la réaction, à être dans un postulat de l'anticipation, et plus encore, de veiller sur les « buts monumentaux négatifs ». L'évolution de ce paradigme de régulation de la vie économique par la mise en place d'un programme de *compliance* serait associée par certains auteurs¹⁰⁰⁶ à l'apparition aux États-Unis en 1977 du *US Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*. Ce dispositif a été adopté dans le cadre de la lutte contre la corruption des agents étrangers, renforcé en 1998 par la loi *internationale Anti-Bribery* sur la lutte contre la corruption et pour la concurrence. Ainsi, la *compliance* a très tôt imprégné le droit américain pour devenir aujourd'hui la nouvelle norme de régulation des activités économiques, qui puise toute sa force dans les normes éthiques, permettant de moraliser les relations d'affaires.

603. Plan. La dynamique pour le droit américain était de travailler sur la consécration d'un dispositif de *self-régulation* et de *co-regulation* afin de placer le respect des normes juridiques et des valeurs éthiques au cœur des relations d'affaires (**Section 1**). Mais pour répondre aux différents enjeux, cela a nécessité une structuration d'un dispositif de contrôle performant des contrats d'affaires (**section 2**).

Section 1 : La consécration d'un dispositif de « *self-regulation* » et de « *co-regulation* » en droit américain des contrats d'affaires

604. La naissance prématurée, mais nécessaire des outils de la *compliance* dans le système juridique américain. Dans un monde globalisé, où les entreprises se sont internationalisées, faisant ainsi évoluer les règles du marché qui font naître de nouveaux enjeux moraux dans les relations d'affaires, l'affirmation de l'économiste Milton Friedmann selon laquelle « *l'entreprise n'a qu'une responsabilité sociale, celle d'utiliser ses ressources et de mener des activités visant à maximiser ses profits (pour l'actionnaire) dans la mesure où elle*

¹⁰⁰⁴ D. C. LANGEVOORT, « Cultures of Compliance », *Am. Crim. L. Rev.* 2017, n° 54, p. 933.

¹⁰⁰⁵ J. MESTRE, « Compliance », *Revue Lamy Droit civil*, n° 181, *op. cit.*

¹⁰⁰⁶ V. notamment, M. LEBLANC-WOHRER, « *Comply or die?* Les entreprises face à l'exigence de conformité venue des États-Unis », *Potomac Papers*, n° 34, Ifri, mars 2018 ; L. COHEN-TANUGI, « Les contrôles initiés par les autorités étrangères : le système américain », *op. cit.* ; E. BREEN, « La *compliance*, une privatisation de la régulation ? », *RSC*, 2019, p. 327 ; M. LARTIGUE, « La *compliance*, une fonction qui monte, qui monte », *Dalloz actualité*, 13 mai 2022.

respecte les règles du jeu ; à savoir qu'elle se livre à une concurrence libre et ouverte sans escroquerie ni fraude » est à nuancer aujourd'hui. En effet, il n'est pas question de considérer que la règle est la théorie libérale de responsabilité sociale de l'entreprise, fondée sur la seule poursuite de profit maximum tout en respectant la loi. Cette doctrine est abandonnée, car il est nécessaire, pour être en mesure de produire des résultats conformes à l'intérêt sociétal d'appréhender, de cultiver et de diffuser des principes et des valeurs davantage éthiques dans les contrats d'affaires.

605. Plan. Ainsi, les phénomènes d'inflation des normes, de leur multiplicité et de leur complexité dans les relations d'affaires internationales, ont intuitivement orienté le système juridique américain vers une standardisation de la culture de la *compliance* (**sous-section 1**), laquelle acquiert désormais le statut de *hard law* et devient plus contraignant pour se diffuser de façon hégémonique en dehors de leurs frontières d'édition (**sous-section 2**), répondant ainsi au processus de la moralisation des contrats d'affaires.

Sous-section 1 : La standardisation de la *compliance* répondant à la moralisation des contrats d'affaires américains

606. L'acquisition d'un arsenal législatif favorable au développement de la culture de la *compliance*. Le *Foreign Corrupt Practices Act* adopté par le Congrès des États-Unis en 1977 a permis au droit américain de se doter d'un arsenal législatif favorable à l'instauration de normes mondiales modernes de prévention d'atteintes à la probité dans les relations d'affaires. À cet égard, dès lors que les outils de la *compliance* servent de vecteurs de moralisations des contrats d'affaires par la diffusion des valeurs éthiques communes¹⁰⁰⁷, il ne sera plus pertinent pour les acteurs économiques de faire le choix entre la performance et le respect des normes éthiques¹⁰⁰⁸. La *compliance* s'est progressivement installée en droit américain comme une stratégie de conquête de réputation et de confiance après la crise de *subprimes* et les nombreux scandales économiques, financiers, environnementaux.

607. Plan. Alors qu'au début du 20^e siècle jusqu'à sa deuxième moitié, beaucoup d'États souverains n'ont pas affiché une réelle volonté d'adopter un dispositif de *compliance*, les États-Unis ne s'en sont pas privés, à cette période de dérives, de crises économiques et

¹⁰⁰⁷ C. ANDRE, « Souveraineté étatique, souveraineté populaire : quel contrat social pour la *compliance* ? », in M.-A. FRISON-ROCHE, *Les buts monumentaux de la *compliance**, Dalloz 2022, p. 483.

¹⁰⁰⁸ S. POTTIER, « Pour une *compliance* européenne, vecteur d'affirmation économique et politique », in M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 475.

sociales, un large panel de mesures imposant le respect des normes juridiques et éthiques dans les contrats d'affaires. Cela va favoriser d'une part, une contractualisation des obligations de *compliance* (A), et d'autre part, permettre de prendre appui sur la *compliance* pour en faire un instrument d'internalisation des normes éthiques dans les contrats d'affaires (B).

A- La contractualisation des obligations de *compliance*

608. Origines et naissance du droit américain de la *compliance*. Dans un contexte d'érosion de l'effectivité des pouvoirs de régulation étatique de l'activité économique qui ne cesse de prôner une flexibilité et une théorie du libéralisme économique¹⁰⁰⁹, le système juridique américain avait très tôt compris que l'internationalisation des entreprises justifie d'imposer de la *compliance* dans les contrats d'affaires. Ainsi, la réalisation des « buts monumentaux » ne pouvait passer que par le biais des acteurs économiques eux-mêmes en intégrant dans les contrats d'affaires des principes et règles éthiques. La prise de conscience brutale qui a découlé des concours de circonstances du XX^e siècle, notamment avec la crise financière de 1929, puis celle de 2008, les scandales du *Watergate* et de *Lockheed*, a précocement donné naissance à des outils de *compliance*. À l'instar de ce que fait aujourd'hui le droit français, l'objectif était de repérer, prévenir et sanctionner les atteintes aux obligations de *compliance* dans leurs relations d'affaires. Ces événements sont donc venus révéler ce qui était caché dans les relations d'affaires des entreprises, à savoir des comportements destructeurs de l'économie, des marchés et même de l'environnement. En réaction à ces dérives, le Président Roosevelt créa en 1933 la *Securities and Exchanges Commission* (SEC) et établit, notamment à travers la loi de création de cet organe de supervision, le droit des marchés financiers qui a pour principe central la « transparence », et le principe de la prohibition des abus de marché¹⁰¹⁰. Ces exigences feront apparaître les premières empreintes de la *compliance* en droit américain.

609. L'accent sera mis sur la nécessité d'une éthique dans les activités économiques. Ce changement de paradigme consiste à inciter les acteurs économiques à dépasser le simple

¹⁰⁰⁹ Pour les penseurs de cette théorie dont Milton Friedman était le précurseur, le libéralisme économique conditionnait la liberté politique et était au-dessus de toute autre considération. Cette théorie exigeait que les mécanismes du marché soient respectés et que toute intervention des pouvoirs publics dans l'économie du marché constituait un obstacle à l'équilibre du marché. Il ressortait de cette théorie du libéralisme économique, que, les mécanismes du marché devaient être autonomes et sans contraintes. Cependant, cette théorie n'avait pas manqué de faire face à une conception antinomique, notamment de Galbraith qui ne croyait pas que l'autorégulation du marché n'a que des vertus et préconisait l'intervention des pouvoirs publics pour lutter contre les inégalités, les pouvoirs des grandes entreprises, etc. En ce sens, voir notamment J.-C. VEREZ, « Le libéralisme économique : atouts et limites », *L'Europe en formation*, Vol. 381, n° 3, 2016, p. 33-42.

¹⁰¹⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « Compliance : avant, maintenant, après », in M.-A. Frison-roche, *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge, op. cit.*, p. 28.

respect des règles juridiques, lequel est une obligation qui incombe à tout sujet de droit¹⁰¹¹. Il s'agit maintenant d'être redevable *ad probationem* de l'existence d'un dispositif efficace de prévention des atteintes à la probité. Toutefois, il a fallu attendre quatre décennies après la création de la SEC, pour que cette nouvelle stratégie de régulation soit normativement incarnée par l'adoption du *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, entré en vigueur le 20 décembre 1977. En 1998, l'*International Anti-Bribery and Fair Competition Act* a révisé cette loi afin que son champ d'application territorial soit étendu et qu'elle soit conforme aux normes énoncées dans les recommandations de la Convention de l'OCDE¹⁰¹². Celles-ci enjoignent aux États signataires d'adopter une législation réprimant la corruption sur les marchés internationaux. Il est nécessaire de constater, en plus d'être un instrument de lutte contre la corruption, le *FCPA* est également un « outil d'intelligence économique ». Il a permis aux États-Unis de mettre en œuvre une stratégie qui a consisté, d'une part, à définir les règles du jeu mondial qui organisent le fonctionnement du marché en infligeant des amendes très sévères aux contrevenants ; d'autre part, à manifester sa volonté d'imposer et de faire respecter les normes éthiques sur le marché mondial. C'est donc un nouveau format de détection et de prévention des risques d'atteinte à la probité qui vit le jour par le biais d'un mouvement de contractualisation des obligations de *compliance*.

610. L'apparition d'un nouveau format de moralisation des contrats d'affaires : le mouvement de contractualisation de la *self-régulation*. Le phénomène de contractualisation des obligations de *compliance* ne doit pas être assimilé ou confondu avec la conclusion d'un contrat, où les acteurs économiques assujettis consentent à leurs existences¹⁰¹³. En effet, la contractualisation, comprise comme une technique organisationnelle, vise tout d'abord à substituer à un pouvoir de régulation exclusif des relations d'affaires par les autorités investies de prérogatives de puissance publique, une auto-régulation par voie d'engagement contraignant et sous forme de compromis du respect de la réglementation. Elle est formalisée à travers des programmes qui internalisent, définissent et prouvent la mise en place, par les acteurs économiques assujettis, d'un ensemble d'instruments et d'actions de qualité. Ces derniers permettent non seulement de prévenir les risques, mais aussi de faire de la moralisation des

¹⁰¹¹ A. MAYMONT, *La compliance en droit bancaire et financier*, op. cit., p. 33.

¹⁰¹² V. en ce sens *Convention de l'OCDE (1998)*, Art. 1 : « Chaque Partie prend les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale en vertu de sa loi le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international ».

¹⁰¹³ P. JOLY, *Le droit souple en droit financier*, Thèse Droit, Université Paris Dauphine science et lettre, 2021, p. 35.

contrats d'affaires par le respect des normes juridiques et éthiques, une valeur intrinsèque. À ce titre, un partenariat est établi entre les autorités publiques et les acteurs privés.

611. Ainsi, avec la contractualisation de la *self-régulation*, la question a été inversée. Il ne s'agit plus de demander que fait l'État pour éviter la survenance des risques majeurs inhérents aux relations d'affaires ; mais plutôt que font les acteurs économiques pour moraliser leurs contrats d'affaires afin que les risques majeurs ne surviennent pas¹⁰¹⁴. Les outils mis en place sont donc les conséquences de cette contractualisation des obligations de *compliance*. En effet, ils conduisent à adopter des dispositifs de *self-régulation*, qui, tantôt, jouent un rôle supplétif de la faiblesse ou de l'inefficacité de la régulation de puissance publique ; tantôt ils viennent par délégation de pouvoir normatif, jouer le rôle de supervision du respect des normes édictées de l'autorité publique, qui, toutefois, se réserve le pouvoir de contrôle. À travers des programmes de *compliance* dynamiques, les acteurs économiques doivent désormais, avant d'être autorisés à agir¹⁰¹⁵, garantir avoir pris l'ensemble des mesures pour la réalisation des « buts monumentaux ». Pour cela, c'est sous le prisme de la transparence, de l'intégrité et de la gouvernance, qui sont des principes d'action issus du droit américain, qu'il serait possible d'affirmer que la loi est respectée, que les risques sont maîtrisés et que la gouvernance éthique est construite pour faciliter la diffusion de la culture de la *compliance*¹⁰¹⁶. En pratique, c'est l'exemple de la mise en place dans les contrats de partenariat, tels que le contrat de distribution, de franchise, d'approvisionnement, etc., d'un dispositif d'évaluation de la situation éthique des partenaires avant toute entrée en relation contractuelle.

612. Cependant, il est important de noter que, contrairement au cadre juridique instauré par la loi « Sapin 2 », qui rend obligatoire la mise en place d'un programme de *compliance* qui peut être contrôlé en *ex ante* par les autorités publiques de régulation, il n'existe pas en droit américain, une législation qui impose aux acteurs économiques une telle obligation. En effet, même si elles continuent de conserver leur influence sur les décisions de justice, les *Sentencing Guidelines* qui était initialement un texte impératif, ont perdu ce caractère parce déclaré en 2005, par la Cour Suprême, comme contraire au 6^e amendement de la Constitution¹⁰¹⁷. En plus, il n'existe pas une autorité publique dont l'une des missions serait de contrôler préventivement

¹⁰¹⁴ G. SABART, *La compliance et l'éthique pour le dirigeant et ses équipes : des programmes de prévention à la gestion des crises*, Ellipses DL 2022, p. 11.

¹⁰¹⁵ Cette technique, nous la retrouvons notamment en industrie avec la « *licence to operate* ».

¹⁰¹⁶ G. SABART, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰¹⁷ *US v. Booker*, 543 S. Ct. 220, 2005.

l'existence d'un programme de *compliance*¹⁰¹⁸. En effet, les outils de l'action et ceux de la détection, tels qu'ils sont définis par l'article 17 de la loi « Sapin 2 », ont progressivement vu le jour dans le système juridique américain par la pratique. Ils ont émergé, notamment par des clauses de *compliance* stipulées dans les contrats d'affaires qui impliquent une obligation de respecter une réglementation en vigueur. Outre, dans le cadre de l'application des règlements qui régissent les transactions négociées entre les autorités de poursuite et les acteurs économiques pour manquement à la législation de lutte contre la corruption et les infractions économiques assimilées¹⁰¹⁹. De surcroît, il faut également relever que les acteurs économiques soumis aux dispositions des *US FCPA* se sont également vu imposer la mise en place d'un programme de *compliance*. Cette exigence n'est pas explicitement énoncée dans une disposition législative, mais elle apparaît implicitement sous l'effet de la sévérité des sanctions¹⁰²⁰ et des conséquences juridiques de l'absence du dispositif de *compliance*, laquelle constitue un facteur de circonstance aggravante du manquement à la probité. Ainsi, la contractualisation de la *self-regulation* qui découlent souvent des sanctions prononcées à l'encontre de l'acteur économique défaillant, ou d'une démarche volontariste, deviendra progressivement une démarche coercitive.

613. L'évolution de la démarche volontariste de *self-régulation* vers une démarche coercitive. D'autres dispositifs de moralisation des contrats d'affaires en droit américain portent également la marque de la contractualisation des obligations de *compliance*. Il s'agit du *Deferred Prosecution Agreement* (DPA) et du *Non-Prosecution Agreement* (NPA) qui sont dédiés aux pratiques américaines appelées les « deals de justice »¹⁰²¹, créés par la loi *Speedy Trial Act* de 1974¹⁰²². Ils posent comme principe la possibilité pour les procureurs, en contrepartie de l'abandon différé ou immédiat des poursuites après une demande d'autorisation préalable auprès du tribunal, d'imposer au défendeur de prouver sa bonne conduite¹⁰²³ sur une

¹⁰¹⁸ L. COHEN-TANUGI, « Les contrôles initiés par les autorités étrangères : le système américain », in *Compliance : nouveau paradigme pour l'avocat*, Dalloz, n° 5, 2020, p. 290.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*

¹⁰²⁰ Le chef de la division criminelle, *Department of Justice (DOJ)* disait en ce sens que : « (...) les entreprises. Savent qu'elles sont désormais plus susceptibles d'être confrontées à la répression que lorsque notre choix était limité à poursuivre devant les tribunaux ou à ne rien faire. De manière générale, cette situation est meilleure pour les entreprises, meilleure pour le Gouvernement, et meilleur pour le peuple américain ». (L. Breuer, chef de la division criminelle, *Department of Justice, DOJ, New York, 13 sept. 2013*).

¹⁰²¹ A. GARAPON et P. SERVAN-SCHREIBER (dir.), *Deals de justice, Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2020.

¹⁰²² *Speedy Trial Act of 1974, 18 U.S.S. § 3161 (h) (2)*.

¹⁰²³ Cependant, il faut préciser que son régime découle non pas de la loi, mais de principes définis par le ministère de la justice. V. en ce sens : *United States Attorney's Manual, US Department of Justice Publication, Principles of Federal Prosecution of Business Organisations*, p.3-4.

durée d'un à quatre ans, par une stricte observation d'un processus de mise en conformité¹⁰²⁴. Ce dernier repose ainsi sur un « accord » qui revêt les caractéristiques d'un contrat, passé entre le procureur de la République et l'acteur économique poursuivi. Il s'agit d'un processus de justice négociée de peines et d'obligations dont le rôle de moralisation apparaît à travers la possibilité accordée à la mise en cause de retrouver la voie de la conformité et d'assainir sa réputation dans ses relations d'affaires dans les marchés.

614. De nature hybride¹⁰²⁵ parce qu'à mi-chemin entre le droit des obligations et le droit pénal, le *DPA* et le *NPA* sont des mesures alternatives aux poursuites. Ils empruntent les mécanismes du droit des contrats, parce que gouvernés par le principe de la liberté contractuelle. En effet, même si elle se retrouve en position de force, l'autorité de poursuite ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire absolu dans la mesure où le *DPA* ou le *NPA* sont le résultat d'une négociation de la transaction. Comme nous avons pu le voir dans cette étude, rappelons qu'en droit des contrats américain, la validité du contrat requiert trois conditions, à savoir une offre, une acceptation et une *consideration*, c'est-à-dire une contrepartie à valeur réelle. Eu égard à ces conditions de validité du contrat en droit américain, nous pouvons constater que le *DPA* ou le *NPA* porte les caractéristiques d'un contrat valable. Même si la marge de manœuvre de l'acteur économique mis en cause reste limitée, à l'instar du droit français sur les conditions quant à la sanction qui lui sera imposée, le procureur de la République lui fait une offre qu'il peut accepter ou rejeter en proposant une contre-offre. En contrepartie, il pourra bénéficier, compte tenu de ses engagements, d'un accord de poursuite différée ou d'un accord de non-poursuite à charge pour lui à s'engager à tendre vers la réalisation des « buts monumentaux ».

615. Après avoir évoqué la contractualisation des obligations de *compliance*, il est temps maintenant de voir la question de l'internalisation des normes éthiques dans les contrats d'affaires anglo-américains.

¹⁰²⁴ En matière de corruption, V. en ce sens, DOJ-SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, novembre 2012.

¹⁰²⁵ A. M. COLOMBET, F. BUTHIAU, « Le *deferred prosecution agreement* américain, une forme inédite de justice négociée : punir, surveiller, prévenir ? », *La Semaine juridique*, éd. gén., n° 13, mars 2013, p. 621.

B- L'internalisation des normes éthiques en droit américain des contrats d'affaires

616. La *compliance*, un outil juridique contraignant guidant vers l'éthique dans les contrats d'affaires. Il existe deux possibilités permettant l'internalisation de la *compliance* dans les contrats d'affaires. Premièrement, lorsque la *compliance* est choisie en se soumettant volontairement aux normes éthiques communes pour tendre vers l'atteinte des « buts monumentaux ». Deuxièmement, lorsque la *compliance* est subie parce que l'assujetti se retrouve contraint par les autorités de poursuite de mettre en œuvre un mécanisme efficace pour prévenir les risques de réalisation des « buts monumentaux négatifs ». Ce n'est donc plus seulement une confrontation verticale entre les acteurs économiques et la loi, comme le voudrait le principe de légalité qui est à la base de la construction de la culture juridique américaine, mais aussi française. C'est aussi l'obligation pour eux de créer un environnement horizontal au sein de contrats d'affaires pour réduire les risques juridiques. C'est pourquoi, pour accroître l'efficacité de l'internalisation des normes éthiques dans les contrats d'affaires, le droit américain a fait le choix du dispositif de la *compliance*. Elle est fondée sur le triptyque de la transparence, de la gouvernance et de la prévention¹⁰²⁶ des risques systémiques dans les contrats d'affaires. Ainsi, pour atteindre ces objectifs, l'éthique, perçue comme un instrument de stabilisation et comme un bouclier contre les abus et les excès¹⁰²⁷ dans les contrats d'affaires, est un élément indispensable qui imprègne le droit de la *compliance*¹⁰²⁸.

617. Comprenant que les mesures de respect des normes juridiques et éthiques ne peuvent être imposées de l'extérieur, à l'instar du droit français, les pouvoirs publics américains responsabilisent également les acteurs économiques et inscrivent les « buts monumentaux » dans la mise en œuvre de leurs obligations légales de prévention des manquements à la probité. À cet égard, l'ensemble des mesures de *compliance* repose sur la responsabilité des acteurs économiques, incités à repenser ces normes de gestion des risques inhérents à leurs activités économiques pour y inclure de l'éthique.

618. De la *compliance* pour une réforme morale des contrats d'affaires en droit américain. En droit américain, nous pouvons sans cultiver le paradoxe, soutenir que les normes éthiques, loin de constituer un instrument juridique de simple instrumentalisation des valeurs

¹⁰²⁶ G. SABART, *La compliance et l'éthique pour le dirigeant et ses équipes : des programmes de prévention à la gestion des crises*, op. cit., p. 28.

¹⁰²⁷ P. H. DEMBINSKI, « L'éthique, pierre angulaire de la stabilité des marchés financiers », in *Éthique et marchés financiers*, Banque déc. 2016, n° 802, p. 16.

¹⁰²⁸ A. MAYMONT, *La compliance en droit bancaire et financier*, op. cit., p.171.

communes à des fins de stratégies managériales, possèdent une valeur juridique incitative à l'autorégulation et à la co-régulation afin de s'écarter des risques de ne pas se conformer aux règles de « juste conduite »¹⁰²⁹. Si l'application des procédés éthiques qui émanent souvent des partenaires, orientant vers l'adoption des programmes de *compliance*, a eu du succès en droit américain, c'est parce qu'elle a été considérée comme un instrument de compétition économique. Le droit américain lui a fait bénéficier d'une interprétation large et mouvante pour se saisir des situations extraterritoriales. À cet égard, nous pouvons constater que cette pression en faveur de la *compliance* passe par la voie de l'éthique, imposée par des partenaires en application de la procédure de « *due diligence* »¹⁰³⁰. À titre d'exemple pratique, les stipulations d'un contrat de distribution, de sous-traitance, de franchise, d'approvisionnement, *etc.*, peuvent permettre la contractualisation d'un code éthique par lequel les partenaires s'engagent à ne pas recourir à des partenariats avec des structures qui siègent dans des paradis fiscaux, *etc.*, sous peine d'encourir la rupture de la relation contractuelle.

619. Il est nécessaire de constater que les exigences éthiques imposées aux parties prenantes par voie contractuelle ont pour effet de leur faire reconnaître la force contraignante des programmes de *compliance*, et ce, parfois, au-delà même des frontières de leur édiction. Les exigences éthiques sont des facteurs clés dans la mise en œuvre et l'application des mesures de *compliance*, comme le démontre l'affaire emblématique *Kasky c/Nike*¹⁰³¹. En l'espèce, la Cour suprême de Californie, dans une décision rendue le 2 mai 2002, pose un précédent fondamental en matière de respect des engagements éthiques contenus dans un code de conduite. Dans cette affaire, la multinationale américaine à travers ses campagnes publicitaires faisait état du respect de ses engagements éthiques, notamment du respect des normes de protection des conditions de travail de ses sous-traitants qui étaient contenues dans le code de conduite élaboré par la société et qu'il avait fait signer aux sous-traitants en 1993.

¹⁰²⁹ V. en ce sens d'une façon générale, M. S. BLODGETT, « *Substantive Ethics : Integrating Law and Ethics in Corporate Ethics Programs* », 2011, 99-1, *Journal of Business Ethics* 39, 45. Selon l'auteur dans la traduction d'un ses passages : « *L'argument de l'éthique sans égard au droit pour guider le comportement des entreprises peut être analogue à l'argument de l'abolition du droit et des enseignements religieux, de la philosophie, de l'étiquette et de la civilité pour guider nos citoyens dans un comportement sociétal correct. Bien que ces antécédents non juridiques soient nécessaires, hautement souhaitables et profonds, il est également très important d'avoir des lois qui interdisent la tromperie, la fraude, le vol, le meurtre et la discrimination et qui prévoient des peines importantes pour les infractions. Il est également important que la société et les entreprises respectent ces lois, en reconnaissant qu'elles adhèrent aux valeurs éthiques fondamentales* ».

¹⁰³⁰ V. en ce sens dans le cadre des contrôles à entreprendre dans les contrats de partenariat, O. DEBAT (dir.), *Éthique, conformité, compliance, à la croisée du droit et de la gouvernance d'entreprise*, Actes Pratiques et ingénierie sociétale, 2014, n° 137.

¹⁰³¹ Affaire *Kasky c/ Nike*, Cour Suprême de Californie, 27 Cal. 4th 939, n° S087859, 2 mai 2002.

620. Ainsi, si le code de conduite, en raison d'une clause insérée dans le contrat de fourniture s'impose comme cahier de charges aux sous-traitants, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un dispositif de *compliance* qui a force contraignante au regard de l'intérêt général protégé. C'est ce caractère particulier du code de conduite, juridiquement contraignant, qui a permis à des clients sur le fondement de la communication de la société américaine sur son respect des droits de l'Homme qui a été assimilé à une publicité, d'intenter une action en justice contre la société *Nike* pour transmission d'informations erronées dans le but de garantir ou maintenir ses ventes. La réalité de l'engagement de *Nike* au respect des droits de l'Homme vis-à-vis de ses relations contractuelles avec ses sous-traitants, a été contestée à la suite du constat fait par une ONG qui s'était rendue sur l'une des usines de fabrication de la société située en Asie qui a été qualifiée de « *sweatshops* », c'est-à-dire « d'usine à sueur »¹⁰³². Ainsi, le juge de la Cour suprême saisie par un consommateur pour pratiques déloyales et trompeuses et publicité mensongère¹⁰³³ sur le fondement des dispositions du « *Business and profession Code* » de la société *Nike* retient que « *les déclarations publiques de l'entreprise étaient bien assimilables à une communication publicitaire et donc susceptibles d'inciter à l'achat de ses produits* »¹⁰³⁴.

621. Deux enseignements peuvent être tirés dans cet important arrêt. D'une part, en exigeant une obligation de véracité dans la communication de ses engagements éthiques et en sanctionnant sur le terrain de la publicité mensongère, le but est d'aboutir à une autocensure dès lors qu'il y a contradiction entre les valeurs éthiques contenues dans le code de conduite et la protection effective de ces valeurs. D'autre part, de considérer qu'il y a un manquement lorsque l'acteur économique, même de bonne foi, ne se trouve pas en mesure de garantir la réalité des bonnes pratiques qu'il promet dans son code de conduite. De plus, une telle action peut être entreprise lorsqu'une promotion du respect et de la protection des valeurs éthiques est faite par le biais d'un code de conduite, mais que, dans les faits, il s'agit d'une communication trompeuse. Ainsi, il est possible de voir à travers cet arrêt, un mouvement de moralisation du comportement des acteurs économiques, contraints au respect de leurs engagements éthiques.

622. En résumé, il faut retenir qu'avec la notion de *compliance* apparue en 1990 aux États-Unis dans le *Sentencing Guidelines Manuel*¹⁰³⁵, qui la caractérise, ce sont les techniques

¹⁰³² N. GASMI, G. GROLLEAU, « Nike face à la controverse éthique relative à ses sous-traitants », *Revue française de gestion*, 2005/4, n° 157, p. 115-136.

¹⁰³³ V. en ce sens, les dispositions des séquences 17200 et 17500 du *California Business and professions code* qui régissent les délits de pratiques déloyales et trompeuses et de publicité mensongère.

¹⁰³⁴ N. GASMI, G. GROLLEAU, *op. cit.* p. 124.

¹⁰³⁵ *United States Sentencing Guidelines Manual*, 1er novembre 1990.

incitatives introduites dans les contrats d'affaires pour couvrir tout le champ des risques inhérents à celles-ci. À l'instar du droit français, l'objectif commun du droit américain est d'inciter les acteurs économiques à internaliser les programmes de contrôle des règles juridiques et éthiques qui leur sont applicables et d'assurer leur effectivité afin de faciliter l'identification, la dénonciation et l'organisation des sanctions de ces manquements.

Sous-section 2 : La réussite de la moralisation des contrats d'affaires par le rayonnement hégémonique de la *compliance* américaine

623. La prégnance de l'effet extraterritorial des règles de *compliance* du droit américain. Depuis plusieurs décennies, le droit américain a développé un important arsenal juridique de moralisation des relations d'affaires dans le but de réguler les pratiques de leurs acteurs économiques et ceux d'États tiers en leur imposant des obligations de *compliance*. Cette approche d'une nouvelle politique juridique de régulation, laquelle imprime une nature particulière aux règles de *compliance* du droit américain, va permettre, par leur effet extraterritorial¹⁰³⁶, de s'appliquer non seulement aux acteurs économiques nationaux, mais aussi aux acteurs économiques qui se situent en dehors de leurs frontières. Bien que le phénomène d'extraterritorialité des règles de la *compliance* ne soit pas aujourd'hui exclusivement réservé au droit américain, il faut à juste titre reconnaître que ce droit a été le pionnier dans ce domaine et qu'il continue de bénéficier d'une réputation de supériorité en termes de portée mondiale de ses règles de *compliance* dans le monde¹⁰³⁷.

624. Plan. Afin de mettre en exergue l'hégémonie des règles de *compliance* du droit américain dans le monde contemporain, il importe de voir dans un premier temps leur caractère extraterritorial (A), puis, dans un second temps, de s'intéresser au phénomène de la naissance d'un parquet transnational de contrôle de conformité des contrats d'affaires (B).

¹⁰³⁶ M. AUDIT, « Les lois extraterritoriales américaines comme facteur d'accélération de la compliance », in N. Borge, J.-C. Marin et J.-C. Roda (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, éd. n° 1, Dalloz, 2018, p. 46.

¹⁰³⁷ V. en ce sens : M. AUDIT, *op. cit.* ; R. BISMUTH, « L'extraterritorialité des embargos et dispositifs anticorruption américains », in A. Gaudemet (dir.), *La compliance : un monde nouveau ?* Paris, éd. Panthéon-Assas ; L. D'AVOUT, « L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires », *JCP* 2015, n° 1112.

A- L'extra-territorialité des dispositifs de *compliance* américains

625. La *compliance* américaine, outil de moralisation des contrats d'affaires porté par son extraterritorialité. La méthode originale des règles de *compliance* américaines qui a influencé les autres systèmes juridiques, notamment français, consiste à inverser les rôles en conférant la puissance de contrôle des contrats d'affaires aux acteurs économiques. Cela permet facilement d'imposer des missions de *self-régulation* et d'exercer des poursuites en cas de manquements, contre les acteurs économiques nationaux et même ceux transnationaux. En effet, le constat est partagé, démontré par de récentes affaires de poursuites d'entreprises étrangères¹⁰³⁸ par les autorités américaines pour violation de leurs législations de *compliance* et programmes de sanctions économiques¹⁰³⁹. Bien que les États-Unis n'aient pas l'exclusivité des lois et des poursuites à effet extraterritorial, il faut reconnaître, comme le souligne Monsieur E. Breen, qu'ils « *ont très rapidement saisi les enjeux que représentaient de telles normes et ont développé, à la faveur de leur puissance économique et politique, un arsenal législatif et une pratique de poursuite largement extraterritoriale dans de nombreux domaines aussi variés (...)* »¹⁰⁴⁰. Trois composantes essentielles de la *compliance* permettent d'illustrer parfaitement la construction juridique de l'extraterritorialité de certaines normes juridiques et éthiques américaines. Tout d'abord, la justice négociée ; ensuite, le *monitoring* ; enfin, la *due diligence*.

626. « La justice négociée ». Le premier instrument qui semble faire l'unanimité, lequel a conduit à la répression de plusieurs multinationales par l'exercice de la compétence extraterritoriale des autorités américaines, c'est « *la justice négociée* ». En effet, par les mécanismes utilisés, ils permettent d'évincer le juge et éviter tout débat sur la compétence des autorités américaines dans l'optique d'obtenir une coopération des acteurs économiques poursuivis. La force de ce dispositif apparaît dans le choix fait de préférer une sanction plus prévisible et peut-être plus satisfaisante pour éviter le risque d'être évincé sur le marché, plutôt que d'aller dans la perspective d'un procès aux procédures longues et coûteuses qui pourraient aboutir à la sanction maximale. À cet effet, « *cette option vient neutraliser tout espace de*

¹⁰³⁸ Les exemples qui sont souvent donnés, ce sont notamment les affaires Siemens, Alstom, du *Royal Bank Of Scotland*, Total, Airbus, ou BNP Paribas.

¹⁰³⁹ R. Bismuth, « Pour une appréciation nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *Annuaire Français de Droit International* 2015, vol. LXI, 2016, p. 785 et s.

¹⁰⁴⁰ E. BREEN, « La compétence américaine fondée sur le dollar : réalité juridique ou construction politique », *RED*, vol. 1, n° 1, 2020, p. 55-61.

discussion sur la question légitime de la compétence internationale de l'État qui poursuit »¹⁰⁴¹. Ainsi, les mécanismes de la « *justice négociée* » ne permettant pas aux acteurs économiques poursuivis de débattre sur la question lancinante de la compétence, ils permettent à certaines lois américaines d'étendre leur application en dehors de leur cadre juridique classique pour facilement tendre vers la morale des contrats d'affaires recherchée.

627. Le *monitoring*. En plus la sanction négociée, le deuxième instrument qui marque la manifestation de l'extraterritorialité des dispositifs américains de *compliance* découle des engagements de comportement, c'est-à-dire de la dimension prospective de la justice négociée¹⁰⁴². Il s'agit du *monitoring*, qui fait partie des catégories des sanctions de *compliance*, lequel implique la nomination par les autorités de poursuites d'un *corporate monitor*. Ce dernier a pour mission de veiller et contrôler les engagements pris par l'acteur économique poursuivi qui doit mettre en place des programmes de *compliance*, apte à tendre vers la réalisation des « buts monumentaux ». Ainsi, dans l'accomplissement de ses larges prérogatives d'enquêtes et de contrôles, puisque considéré comme « *l'œil public surveillant de façon continue la gestion privée interne de l'entreprise* »¹⁰⁴³, le *monitorship* est appelé à intervenir sur le territoire des États dont relèvent les acteurs économiques sanctionnés. Cependant, il faut préciser que, dans l'exercice de ses prérogatives, il doit identifier, en l'absence d'accord intergouvernemental encadrant l'exercice de ses missions, les problèmes posés par les lois de blocage du droit international pour ne pas y contrevenir¹⁰⁴⁴. Étant donné que les accords intergouvernementaux permettant de faciliter la transmission des informations tirées des enquêtes et des contrôles aux autorités de poursuites sont rares, sauf en cas de poursuite conjointe, il existe une technique de contournement. Elle consiste à faire intervenir des personnes privées dans cette fonction de *monitorship* et fonder leur compétence sur le consentement de l'acteur économique poursuivi lors de la procédure de négociation des sanctions¹⁰⁴⁵, dès lors que les accords négociés sont considérés comme un contrat¹⁰⁴⁶. Le *monitoring* est donc un des outils de la palette du dispositif de *compliance*, absent en droit français et en droit sénégalais, à ne pas confondre avec le rôle

¹⁰⁴¹ R. BISMUTH, « Compliance et souveraineté : Relations ambiguës », in M.-A. Frison-Roche, *Les buts monumentaux de la compliance*, op. cit., p. 439-452.

¹⁰⁴² *Ibid.*

¹⁰⁴³ L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de la loi*, Brill/Nijhoff, 2019, p. 684.

¹⁰⁴⁴ R. BISMUTH, « Compliance et souveraineté : Relations ambiguës », op. cit.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*

¹⁰⁴⁶ F. EASTERBROOK, "Plea Bargaining as Compromise", Yale L. J., vol. 101, 1992, pp. 1969-1978 ; V. aussi l'affaire *Brooks v. US*, 708 F.2d 1280, 1281, 7th Cir. 1983 à travers laquelle le juge a eu l'occasion d'affirmer que « les accords négociés sont juridiquement une autre forme de contrat ».

du *compliance officer*. C'est un outil qui permet de légitimer la diffusion extraterritoriale des normes juridiques et éthiques américaines.

628. La *due diligence* raisonnable dans la sélection des partenaires contractuels par le processus d'évaluation. Après la « *justice négociée* » et le *monitoring*, la *due diligence* qui figure dans le *FCPA Guide* publié en 2010 par le DOJ et le SEC fait également partie des outils essentiels de la *compliance* qui donne aux lois américaines leur caractère extraterritorial. En effet, cet outil peut être perçu autrement que par son utilité à permettre aux acteurs économiques assujettis de satisfaire à leurs obligations légales de *compliance*. En effet, l'obligation de « *due diligence* » raisonnable à appliquer dans diverses circonstances, par exemple lors de la planification d'une fusion-acquisition, ou encore au moment du contrôle de l'intégrité des éventuels partenaires contractuels, vise également à assurer, avant de signer un accord, qu'un tiers exerçant ses activités dans une juridiction étrangère respecte bien la législation américaine. L'objectif consiste à éviter de conclure une relation d'affaires avec un tiers susceptible d'entraîner une violation des règles juridiques et éthiques de *compliance* américaine et, ainsi, donner compétence à leurs autorités de poursuites. Par conséquent, le dispositif de *due diligence* devient un fondement de l'application extraterritoriale des lois américaines. Il faut toutefois constater que ce dispositif gagne du terrain. Comme nous l'avons relevé précédemment, il a également inspiré le législateur français, qui a intégré ce dispositif d'évaluation des tiers à l'article 17 de la loi « Sapin 2 », parmi les mesures de prévention et de détection des risques à mettre en place. Au regard de ces constatations, l'extraterritorialité du dispositif de *compliance* américaine n'est pas sans incidence dans le processus de moralisations des contrats d'affaires.

629. L'incidence de l'extraterritorialité de règle de *compliance* américaine dans le processus de moralisation des contrats d'affaires. L'extraterritorialité des dispositifs de *compliance* américains par l'application extensive de ces derniers a plusieurs incidences. En effet, en raison de leur posture hégémonique, même les contrats d'affaires concluent par des acteurs économiques qui n'ont pas choisi les lois américaines comme dispositif juridique applicable à leurs relations contractuelles, et n'ont pas également comme lieu d'exercice de leurs activités les pays d'édiction de ces lois, pourraient être soumis à des sanctions américaines. Sous ce schéma, la moralisation des contrats d'affaires par le dispositif de *compliance* prend de l'ampleur et s'étend au-delà du territoire américain. Ainsi, l'application de l'exception d'extraterritorialité des normes américaines peut avoir plusieurs fondements. Notamment lorsqu'il est établi que l'activité économique produit ou pourrait produire des

« effets substantiels » sur leurs territoires¹⁰⁴⁷. Outre, lorsqu'il y a un défaut de surveillance de l'intégrité des partenaires avec lesquels l'acteur économique a conclu ou veut conclure un contrat d'affaires, de surcroît ceux ayant déjà été impliqués dans des affaires de manquements à la probité. En effet, si la moralisation des contrats d'affaires est aujourd'hui une valeur commune partagée à travers l'incitation à diffuser une culture de *compliance*, c'est également parce que les autorités américaines à travers les guides du DOJ¹⁰⁴⁸ imposent les acteurs économiques par le mécanisme de filtrage de leurs partenaires, à mettre en place des programmes de *compliance* par le recours à des procédures d'évaluation évolutives des tiers dans le cadre d'une collaboration existante ou d'une éventuelle collaboration.

630. Notre analyse révèle que selon le droit américain, contrairement à ce qu'affirment certains auteurs français¹⁰⁴⁹ dans un contexte politique avec une certaine exagération, que la théorie de « compétence-dollar » est le fondement de l'application de l'extraterritorialité des normes de *compliance* américaines, que cette procédure est d'un point de vue juridique « gouvernée par le principe d'interprétation des textes de loi au cas par cas »¹⁰⁵⁰. En effet, c'est le principe général de « la présomption contre l'extraterritorialité », dégagé par la Cour Suprême qui est en vigueur. La Cour Suprême, dans son interprétation des lois, pose ce principe pour la première fois en matière douanière et piraterie. Celui-ci sera réaffirmé au début du XX^e siècle dans l'affaire *American Banana Co. v. United Fruit Co.* par le juge Olivier Wendell Holmes Jr¹⁰⁵¹ et récemment en 2018 par le juge du tribunal fédéral américain qui précise les contours des limites aux poursuites extraterritoriales du procureur en matière de lutte contre la

¹⁰⁴⁷ V. sur ce thème : H. DE VAUPLANE, « Une nouvelle géopolitique de la norme », in A. Garapon et P. Servan-Schreiber (dir.) *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisé*, PUF, 2013, p. 31 ; L. COHEN-TANUGI, « L'application extraterritoriale du droit américain, fer de lance de la régulation économique internationale ? », En temps réel, déc. 2014.

¹⁰⁴⁸ « *Evaluation of Corporate Compliance programs* », publié pour la première fois en février 2017 par la « *Criminal Division* » du « *Department of Justice* » américain, www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download

¹⁰⁴⁹ R. GAUVIN, *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Rapport à la demande du Premier ministre, Assemblée Nationale, 21 juin 2019 ; P. MBONGO, R.L. WEAVER (dir.), « Le droit américain dans la pensée juridique française contemporaine. Entre américanophobie et américanophilie », Institut universitaire Varenne, 2013, p. 409. Cette théorie apparaît également dans les recommandations de l'AFA qui fait implicitement référence à la compétence des autorités américaines fondée sur le dollar lorsqu'elle considère que la devise est un facteur de risque et que c'est « un élément à prendre en considération du fait de l'extraterritorialité de certaines législations anticorruption étrangères ». V. en ce sens, AFA, Recommandation destinées à aider les personnes morales de droits public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, décembre 2017, p. 24.

¹⁰⁵⁰ E. BREEN, « La compétence américaine fondée sur le dollar : réalité juridique ou construction politique ? », *op. cit.* p. 57.

¹⁰⁵¹ *American Banana Co. c./ United Fruit Co.* 213 U.S. 347 (1909).

corruption dans l'affaire *Hoskins*, ancien cadre d'Alstom¹⁰⁵². Il faut donc retenir, comme le souligne Monsieur E. Breen, quand on applique le principe de « la présomption contre l'extraterritorialité », tout silence d'une loi sur son caractère d'application extraterritoriale exclut potentiellement toute possibilité d'application extraterritoriale.

631. Au regard de ce qui précède, l'exception d'extraterritorialité des règles de *compliance* américaines, dans la mesure où le principe c'est « la présomption contre l'extraterritorialité », ne devrait pas être vue *stricto sensu* comme une « arme de guerre économique », mais également comme un instrument de moralisation des comportements par la diffusion de la culture éthique dans les contrats d'affaires. Il est donc possible de soutenir que le phénomène d'extraterritorialité des lois nationales, et singulièrement celles américaines, est un élément catalyseur de l'internationalisation des obligations de *compliance*. On retiendra que c'est l'application extraterritoriale des lois, en particulier celles américaines, qui a fait bouger les choses. D'une certaine manière, elle a obligé certains États, à l'exemple de la France, du Royaume-Uni et de la Chine à prendre en compte les « buts monumentaux » et à mettre en place un arsenal législatif d'autorégulation et de « néorégulation ». La finalité était de construire un mode d'intervention globale de régulation des comportements attentatoires à la probité. Ainsi, pour atteindre ces objectifs, la logique du droit américain c'est d'instaurer un parquet transnational dont les compétences sont étendues aux actes ou comportements qui se sont réalisés en dehors de ses frontières.

B- L'instauration d'un parquet transnational de contrôle des contrats d'affaires

632. L'opportunité d'un parquet transnational pour la gestion globale et internationale des obligations de *compliance*. Les contrats d'affaires sont aujourd'hui caractérisés par leur internationalisation et par une interconnexion parfois discordante de différents régimes juridiques d'États souverains qui sont confrontés à d'importants défis communs de protection et de maintien de l'équité et de la probité dans leurs marchés économiques nationaux. En raison de la particularité des dispositifs juridiques de la *compliance*, certaines des lois américaines se voient reconnaître un effet direct d'application dans des ordres juridiques externes. À cet égard, il n'est pas surprenant de constater que, pour certains, « *le droit de la compliance peut être la nouvelle façon de régner dans le monde* »¹⁰⁵³. À notre sens,

¹⁰⁵² *United States c./ Hoskins*, n°16-1010-cr (2d Cir. 2018), p. 41

¹⁰⁵³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Régulation, supervision, compliance, op. cit.*, p. 12.

s'il est possible de soutenir cette affirmation, c'est sans doute parce que la sensibilité à l'éthique des affaires, qui appartient à la catégorie des objectifs de protection des atteintes à la probité, est aujourd'hui un phénomène international qui se déploie sans se préoccuper de la souveraineté des États et des cadres législatifs définis par le droit international¹⁰⁵⁴. Ainsi, il fallait, pour le droit américain, repenser en standards internationaux, les dispositifs de contrôle des contrats d'affaires dans l'optique de soumettre les acteurs économiques des États tiers, aux mêmes obligations et contraintes auxquelles les acteurs économiques nationaux sont soumis.

633. Ainsi, dans le domaine des contrats d'affaires, si l'intervention d'un parquet transnational garde sa légitimité dans le processus de contrôle de conformité, c'est parce que « *la logique de la compliance apparaît à certains points de vue ne pas pleinement s'inscrire dans la matrice des règles et principes relatifs aux compétences souveraines des États en droit international* »¹⁰⁵⁵. En plus de cette conception, il nous semble que la légitimité du contrôle de conformité des contrats d'affaires initié par un parquet transnational américain pourrait également se justifier par la nature des impératifs définis par les objectifs de la *compliance*. En effet, la plupart d'entre eux se développent dans un cadre multilatéral et collectivement reconnu comme fondamental par les États¹⁰⁵⁶. Ils ne se traduisent pas forcément par un mouvement d'harmonisation des législations nationales, de coopération des organes de régulation, et d'internalisation des « buts monumentaux » avec un degré juridique similaire dans chaque ordre juridique national. Ainsi, en vue de la réalisation de « buts monumentaux » qui se développe dans un environnement juridique complexe et transnational, la *compliance* fait entrer dans le processus de contrôle de conformité des contrats d'affaires une dimension d'intervention transnationale. Celle-ci fait donc naître une cohabitation avec la souveraineté normative, juridictionnelle et exécutive des États. En effet, les méthodes et instruments de la *compliance* trouvent également des appuis dans ses privilèges à pouvoir se diffuser « *indistinctement pour n'importe quel type d'objectifs, multilatéraux ou unilatéraux* »,¹⁰⁵⁷ rendant ainsi d'une certaine façon légitime l'instauration d'un parquet transnational.

634. Le contrôle du respect des règles de *compliance* des contrats d'affaires sans considération de frontières. Malgré l'existence d'un certain nombre de pratiques communes

¹⁰⁵⁴ R. BISMUTH, « Compliance et souveraineté : Relations ambiguës », *op. cit.* p. 439.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*

¹⁰⁵⁶ Il s'agit notamment en ce sens, de la lutte contre la corruption, de la lutte contre le blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, de la protection des données personnelles, de la protection de l'environnement, de la prohibition des abus de marché.

¹⁰⁵⁷ R. BISMUTH, « Compliance et souveraineté : Relations ambiguës », *op. cit.* p. 452.

et de similitude de méthodologie employée par les autorités de poursuites des États-Unis et de la France dans le suivi du respect des obligations de *compliance*, il faut constater que la discordance demeure¹⁰⁵⁸. Cette dernière apparaît non seulement dans la méthode de poursuite et de sanction des comportements immoraux, mais aussi dans la stratégie de diffusion de la responsabilisation des acteurs économiques assujettis dans un contexte en pleine mouvance de standardisation des « buts monumentaux » devenus transnationaux et vecteurs de moralisation des contrats d'affaires. L'idée est bien de garantir l'intégrité des contrats d'affaires et, pour y parvenir, la souveraineté des États ne doit pas être un obstacle dans la mesure où les « buts monumentaux » qui sont définis de manière multilatérale viennent instaurer dans un espace économique globalisé des « fonctions souveraines » mises à la charge des acteurs économiques. L'objectif de cette stratégie qui transcende les frontières de la souveraineté exécutive, législative et judiciaire, implique pour les acteurs économiques assujettis de veiller sur les tiers contractants avec lesquels ils entretiennent un rapport contractuel. Ainsi, le contrôle de conformité des contrats d'affaires porteur des risques d'atteinte à la probité, tels que les abus, la corruption, le blanchiment de capitaux, les atteintes aux droits humains et à l'environnement, qui sont des « buts monumentaux » communs à tous les États, justifie l'absence de prise en considération des frontières.

635. Il est vrai que le crédo de la *compliance* imposant des objectifs d'intérêt général aux acteurs économiques est une idéologie communément partagée. Toutefois, il convient de noter que le constat fait sur une étude conduite sur la question de l'applicabilité des lois étrangères aux acteurs économiques des États tiers, particulièrement européens, révèle que les programmes de conformité peuvent relever d'un facteur de différences. C'est notamment le cas lorsque la définition de leur contenu relève des multiples droits d'États souverains¹⁰⁵⁹. En effet, lorsque le champ d'application territorial de l'activité économique d'un multinational relève de plusieurs ordres juridiques, tels que le droit américain, le droit français et le droit sénégalais, l'élaboration d'un programme de *compliance* respectant à la fois les dispositions juridiques de ces législations peut s'avérer impossible dans la mesure où elles ne sont pas identiques. Toutefois, ce n'est pas sur ce terrain que la légitimité de la naissance d'un parquet transnational de contrôle de conformité des contrats d'affaires pourrait être discutée.

¹⁰⁵⁸ R. FAMILY, « Lutte contre la corruption transnationale en 2020 : perspectives stratégiques pour les entreprises », in R. Family et T. Baudesson (dir.) *Revue internationale de la compliance de l'éthique des affaires*, n°6, décembre 2020, p. 230-235.

¹⁰⁵⁹ V. en ce sens, le Rapports du Club des juristes, *Du renforcement de la lutte contre la corruption transnational*, Commission *ad hoc*, mars 2015, p. 43.

636. En somme, eu égard notamment à la répression des manquements à la probité, qui est un phénomène universel, et à la mondialisation de la vie économique, qui met en concurrence des intérêts économiques étatiques souvent antagonistes, ces motifs pourront sans doute justifier ce mouvement de diffusion transnationale des obligations de *compliance*. Ce phénomène se manifeste indépendamment des critères de souveraineté étatique.

637. Conclusion de la section 1. Au regard de la politique de régulation des activités économiques du droit américain, l'application des règles de *compliance* ne saurait se limiter aux frontières nationales. Selon le droit américain, une transnationalisation des contrôles et sanctions est nécessaire pour atteindre les objectifs de réalisation des « buts monumentaux » garant de la stabilité et de l'efficacité économique des contrats d'affaires. Il s'agit donc de se plier aux forces de la portée universelle des valeurs éthiques fondamentales que la *compliance* cherche à garantir. Toutefois, l'atteinte de ses objectifs a été rendue possible grâce à une structuration du dispositif de contrôle performant des contrats d'affaires, laquelle incarne la réforme morale des comportements.

Section 2 : La structuration d'un dispositif de contrôle performant des contrats d'affaires en droit américain

638. La singularité du dispositif de *compliance* américain. La spécificité et la rigueur du système juridique et judiciaire américain réservent souvent de mauvaises surprises aux acteurs économiques. Avec la découverte de ces spécificités, « *le choc culturel, voire les conflits de lois, que peut engendrer la confrontation des personnes, ne relève en rien d'une application extraterritoriale du droit (...), mais souligne de la nécessité pour les entreprises (...) d'être parfaitement au fait des règles du jeu et de la culture juridique de ces pays* »¹⁰⁶⁰. À cet égard, l'idée de la responsabilisation des acteurs économiques est très présente dans les dispositifs de *compliance* américains, puisque c'est à leur bénéfice de se conformer au regard de la sévérité des sanctions ¹⁰⁶¹qui vient écarter le calcul « coût-avantage »¹⁰⁶². Ainsi, pour réduire les risques d'atteintes aux « buts monumentaux »¹⁰⁶³ à travers l'utilité de se doter d'un « *compliance*

¹⁰⁶⁰ L. COHEN-TANUGI, « L'application extraterritoriale du droit américain, fer de lance de la régulation économique internationale ? », *op. cit.*

¹⁰⁶¹ J.-C. RODA, « La *compliance* en droit américain : le régulateur, l'entreprise et le juge », in N. Borga, J.-C. Marin et J.-C. Roda, *La compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, 2018, p. 236.

¹⁰⁶² V. en ce sens, la section « *cost-benefits analysis* », *Securities and Exchange Commission, Investment Advisers*, oct. 2004.

¹⁰⁶³ B. SNYDER, « *Compliance is a culture, Not just a policy* », *Remarks as Prepared for the ICC, United States Council of International Business Joint Antitrust Compliance Workshop*, 9 sept. 2014.

programs », l'idée repose sur une structuration du dispositif de contrôle des contrats d'affaires. En réalité, si le dispositif de la *compliance* suscite aujourd'hui autant d'intérêts et d'attention, c'est parce que les scandales les plus marquants ont toujours été suivis de prises de décisions marquantes. Elles sont venues sur le fondement de la *compliance*, non seulement pour renforcer les obligations légales de contrôle de conformité mises à la charge des acteurs économiques, mais aussi pour augmenter les pouvoirs de contrôle des autorités administratives¹⁰⁶⁴.

639. Plan. Au regard de la finalité de la *compliance*, en droit américain, les discours sur la « *voluntary compliance* » et sur la « *forced compliance* » sont combinés pour encourager les acteurs économiques assujettis à s'engager dans la diffusion de la morale, de l'égalité, de la protection des droits humains, etc., dans les relations d'affaires. Pour y parvenir, un schéma a été développé, structuré d'une part, sur une pluralité d'acteurs de contrôle de conformité des contrats d'affaires (**sous-section 1**) et, d'autre part, sur les implications normatives du processus de contrôle de conformité des contrats d'affaires (**sous-section 2**).

Sous-section 1 : La pluralité des acteurs de contrôle des contrats d'affaires américains

640. Contrôler les relations économiques des multinationales pour moraliser les comportements. À l'instar du droit français qui a suivi la même logique de moralisation des contrats d'affaires par le biais de la *compliance*, pour le droit américain, le processus de contrôle des contrats d'affaires est aussi primordial afin de faire atteindre la *compliance*, un niveau de maturité qui a fait d'elle un outil de référence et d'influence de la diffusion des normes éthiques dans les contrats d'affaires dans un espace économique mondialisé.

641. Plan. Grâce à une collaboration très active des différents acteurs privés et publics, contrairement au droit français qui ne consacre pas de dispositif législatif général propre à la *compliance*, outre certains textes importants à l'exemple de la loi Sapin 2 ou de la loi dite « loi Vigilance », le droit américain a su se doter d'un socle législatif efficace faisant office de doit de la *compliance*. Pour une meilleure efficacité de diffusion des dispositifs de *compliance*, l'accent est mis sur les contrôles incitatifs initiés par les acteurs privés (**A**) et sur les contrôles contraignants initiés par les autorités de poursuite (**B**).

¹⁰⁶⁴ D.C. LANGEVOORT, « The Social Construction of Sarbanes-Oxley », *Mich. L. Rev.* 2007, n° 105, p. 105.

A- Les acteurs privés à l'origine des contrôles incitatifs

642. Des programmes de *compliance* placés sous le contrôle des acteurs économiques : faire du management des risques juridiques¹⁰⁶⁵. Le contrat est d'autant plus important dans une société, qu'il est *a priori* considéré comme la loi commune entre les parties. Toutefois, même si l'on sait qu'aucune loi n'est fixe dans la mesure où elle peut évoluer, se décliner dans le temps, à commencer par celle qui détermine le contenu des obligations des contractants, il faut garder à l'esprit que ce phénomène ne peut pas légitimer le non-respect de la réglementation. En effet, même si les règles de droit sont parfois décrites comme instables et complexes, leur respect par les acteurs économiques est extrêmement valorisé en droit américain. Il est considéré comme la seule manière de construire une relation d'affaires intègre et crédible et ainsi échapper à l'emprise des autorités de poursuites américaines. Cependant, l'atteinte de ces buts a été rendue possible grâce aux procédures de contrôle interne américaines mises à la charge des acteurs économiques, comme support technique de moralisation des contrats d'affaires pour atténuer les risques juridiques. Dès lors, pour tendre vers la réalisation des « buts monumentaux », nous pouvons constater que le contrat est souvent le premier support, lorsque certaines dispositions de *compliance* imposent aux acteurs économiques des procédures d'évaluation de la probité des partenaires (fournisseurs, clients, sous-traitants, *etc.*) et de contrôle de l'activité de leurs cocontractants. Ces techniques de contractualisation de la *compliance*, entend ici comme faisant objet de dispositions contractuelles, ont donné un nouveau souffle de moralisation des contrats d'affaires en droit américain et ont également imprégné, comme nous avons pu le voir précédemment, le droit français par la multiplication de clauses dites de « *compliance* »¹⁰⁶⁶.

643. Ainsi, avec l'instauration de nouvelles obligations de *compliance*, en droit américain, lorsqu'il est question de mise en place d'un programme de *compliance*, à l'instar du droit français, les acteurs économiques jouent un rôle central qui requiert leur implication. C'est pourquoi, sous l'impulsion de la contractualisation des obligations de *compliance*, dans un récent discours prononcé le 25 mars 2022 à l'occasion de la 37^e édition du *National Institute on White Collar Crime* de l'*American Bar Association* (ABA), le Procureur général des États-

¹⁰⁶⁵ A. MASSON, H. BOUTHINON-DUMAS, « L'approche *Law and Management* », *RTD com*, 2011, p. 233.

¹⁰⁶⁶ J.-C. RODA, « Quand la *compliance* américaine s'invite dans le contentieux contractuel français », *note sous Com. 20 nov. 2019, Recueil Dalloz*, n° 16, 30 avril 2020, p. 913-916. À travers cette affaire, il a été constaté que les stipulations contractuelles, telles que les clauses de *due diligence*, les clauses éthiques ou les « clauses de *compliance* » sont des moyens utilisés par les acteurs économiques anglo-américains, contraint par leurs autorités à être en conformité, pour non seulement diffuser la culture de *compliance* anglo-américaine, mais aussi impliquer leurs partenaires dans la démarche de *compliance* qui s'impose à eux.

Unis, Merrick Garland, et le Procureur général adjoint, Kenneth A. Polite Jr., ont tenu à rappeler que la voie des sanctions *ex post* n'est pas l'outil le plus pertinent pour promouvoir la culture de la *compliance*. Ils estiment que c'est plus efficace de procéder par une approche préventive, notamment par le biais des processus d'évaluation des programmes pour détecter, prévenir et remédier les comportements illicites¹⁰⁶⁷. En effet, la *self-régulation* par la mise en place d'une politique de management des risques d'atteinte à la probité apparaît comme une sorte d'édiction d'une forme de doctrine « d'éthique des affaires » dans un projet de moralisation des comportements des acteurs économiques. Ainsi, selon le Professeur J. -C. Roda, « *quel que soit le domaine d'activité économique, il existe des textes ou des recommandations incitant les opérateurs à se soumettre à la culture de la compliance (...)* »¹⁰⁶⁸. Ce sont donc les acteurs économiques qui prennent le relais pour pallier le manque d'efficacité de l'intervention des autorités administratives afin d'assurer en permanence un contrôle de *compliance* des contrats d'affaires.

644. Donc, il n'existe pas aujourd'hui de doute que le contrôle réalisé par les acteurs économiques par le truchement d'un ensemble de mécanismes à mettre en place, favorise une véritable moralisation des contrats d'affaires, dès lors qu'il faut notamment veiller sur les personnes aptes à contracter ou avec lesquelles une relation d'affaires pourrait être établie. Il est possible, à cet égard, de constater qu'en droit américain, et même en droit français, les principaux éléments mentionnés dans les « *Guidelines Manual* » du *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), permettant de garantir une prévention efficace des risques qui sont globalement les mêmes. Ils prévoient tous le respect d'un certain nombre de principes dans les procédures de contrôle interne, telles que l'évaluation des risques, la mise en place de procédures d'audit des cocontractants, la mise en place d'une procédure de contrôle effective et la révision régulière des programmes de conformité, etc. Notons, sur ce point, que, dans les trois systèmes juridiques étudiés, à la différence du droit sénégalais, les outils de moralisation des contrats d'affaires sont donc souvent similaires. En effet, pour les autorités américaines et françaises, l'effectivité d'un programme de *compliance* repose sur la capacité des acteurs économiques assujettis, à veiller sur le dispositif de *compliance*. Cette méthode incitative de *self-régulation* n'est pas encore présente en droit sénégalais. Les acteurs économiques assujettis doivent donc

¹⁰⁶⁷ Department of Justice des États-Unis, « Assistant Attorney General Kenneth A. Polite Jr. Delivers Justice Department Keynote at the ABA Institute on White Collar Crime » (3 mars 2022). Disponible en ligne : <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-kenneth-polite-jr-delivers-justice-department-keynote-aba>

¹⁰⁶⁸ J.-C. RODA, « La *compliance* en droit américain : le régulateur, l'entreprise et la juge », *op. cit.*, p. 242.

se doter de ressources et moyens suffisants pour œuvrer en faveur de la diffusion d'une culture de l'intégrité et de la transparence dans les relations d'affaires¹⁰⁶⁹.

645. Ainsi, au regard de ces exigences, pour le *DOJ*, il apparaît à travers les nouvelles lignes directrices du guide mise à jour le 1^{er} juin 2020 portant sur l'*Evaluation of corporate compliance Programs in Criminal Antitrust Investigation*, qu'un programme de *compliance* ne peut être considéré comme efficace que lorsqu'il « *promeut une culture organisationnelle qui encourage un comportement éthique et un engagement à respecter la loi* ». De surcroît, au risque d'être considéré comme un « *simple programme de compliance de papier* », chaque partie prenante doit être impliquée dans la diffusion de la culture de *compliance*¹⁰⁷⁰. Donc, pour favoriser l'essor d'une démarche éthique sincère, il a fallu lier les acteurs économiques aux processus de contrôle interne, de communication et de formation¹⁰⁷¹ qui promeuvent des standards permettant de garantir un socle commun de valeurs éthiques malgré l'existence patente d'une variété de législations¹⁰⁷².

646. En effet, indépendamment de la souveraineté des États-nations, cette dernière n'a pas su résister à la nécessité d'inciter les acteurs économiques à diffuser massivement, à travers les circuits contractuels, tels que les contrats de sous-traitance, d'approvisionnement et de distribution, la culture de la *compliance*. Cela vise notamment à moraliser les contrats d'affaires. Ainsi, sans qu'ils soient imposés aux acteurs économiques à titre d'obligations légales, comme c'est désormais le cas en droit français avec la loi « Sapin 2 » et la « loi Vigilance », il faut souligner que les programmes de *compliance* américains sont néanmoins contraignants. Ils répondent à la logique mondialisée de participation des acteurs économiques dans le processus d'élaboration des normes préventives dans l'optique de garantir l'égalité, l'éthique et la morale.

647. L'incitation des acteurs privés à l'adoption d'un processus d'évitement des sanctions aux manquements à la probité. Le risque est intrinsèquement lié aux contrats d'affaires : corruption, blanchiment, pratiques anticoncurrentielles, contournement des règles

¹⁰⁶⁹ R. FAMILY, « Programme de *compliance* : anatomie d'une indépendance », *Revue Internationale de droit de la Compliance et de l'Éthique des affaires*, n° 3, juin 2022, 98.

¹⁰⁷⁰ V. U.S DoJ, *Antitrust Division, Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigation*, Juill. 2019, p. 5.

¹⁰⁷¹ Pour les autorités américaines et françaises, il est nécessaire d'adapter les programmes de *compliance* aux risques spécifique d'atteinte à la probité de l'entreprise concernée, à travers la formation et la communication.

¹⁰⁷² M. S. SCHWARTS, « A Code of Ethics for Corporate Code of Ethics », (2002) 41-1, 2 *Journal of Business Ethics* 27.

de *compliance*, de protections des droits fondamentaux, etc. À cet effet, la gestion des sanctions qui pourraient découler des risques comportementaux des acteurs économiques dans leurs relations d'affaires par le biais des contrôles incitatifs fait sans doute partie de la fonction émergente de la *compliance* de prévention des risques d'atteinte à la probité. Toutefois, il est nécessaire de souligner que, pour les acteurs économiques, la sanction par les autorités de poursuites devient un risque dans la mesure où une condamnation apparaît plus comme un effet probable d'un manquement à la probité. En effet, en droit américain, la probabilité de la sanction dépend de la probabilité qu'un dispositif efficace ait été mis en place par l'acteur économique assujetti, lui permettant de bénéficier d'une atténuation de la répression qui sera mise en œuvre.

648. Ainsi, si la sanction par les autorités de poursuites est envisagée comme un risque à intégrer dans le dispositif de *compliance*, les acteurs économiques régulés sont de plus en plus incités à infléchir leurs stratégies de prévention des risques, accentuant l'attention de tendre vers un comportement moralement accepté. En effet, le but des sanctions administratives est de dissuader les acteurs économiques qui ont des comportements qui portent atteinte aux valeurs éthiques protégées. Par conséquent, l'efficacité des programmes de *compliance* dépendra également de leur implication effective d'évitement de la sanction. Ainsi, les lignes directrices des guides du *Foreign Corrupt Practices Act* et les barèmes des sanctions prononcées par les autorités de poursuite américaines accroissent l'effet dissuasif. Elles facilitent, du fait de la prévisibilité des sanctions, l'ajustement de leurs stratégies de prévention des risques de sanction, parce que les acteurs économiques sont mieux informés des conséquences de leurs comportements.

649. En somme, les autorités de poursuite américaines ont été particulièrement insistantes sur l'élaboration d'un dispositif de *compliance* claire, adapté aux risques identifiés et accessibles. En effet, lorsqu'il est efficace¹⁰⁷³, sa qualité permettra de déterminer avec pertinence les décisions d'inculpation, le niveau proportionnel des amendes et les sanctions réformatrices du programme de *compliance*¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷³ M. E. STUCKE, « À la recherche de programmes efficaces d'éthique et de conformité », 39 J. CORP. L. 769, 2014.

¹⁰⁷⁴ V. J. R. O'SUMMIVAN, « Comment les procureurs appliquent la politique d'inculpation des « poursuites fédérales contre les sociétés » à l'ère des poursuites différées, et ce que cela signifie aux fins de la sanction pénale », 51 AM. Crim. L. Rév. 29, 2014, p. 36-37.

B- Les autorités de poursuite à l'origine des contrôles contraignants

650. Les caractéristiques particulières du modèle américain de contrôle des contrats d'affaires : la *self-régulation* et une intervention *a posteriori*. En droit américain, la surveillance, le contrôle diligent et la remédiation des comportements des acteurs économiques dans le déploiement de leurs activités deviennent des enjeux majeurs pour le maintien d'un marché égal et efficace.

651. Toutefois, à la différence du cadre juridique de contrôle *ex ante* instauré par la loi « Sapin 2 » et la « loi Vigilance », les autorités de poursuite américaines, tout comme celles sénégalaises, n'exercent pas de contrôle préventif de l'effectivité et de l'efficacité de la mise en œuvre des programmes de *compliance*¹⁰⁷⁵ dans la mesure où ils bénéficient du statut d'obligations légales de *compliance*. En effet, il faut rappeler qu'en droit américain, les *Sentencing Guidelines* ne sont pas un texte impératif. À ce titre, le processus de contrôle des contrats d'affaires initié par les autorités de régulation s'exerce à l'occasion des poursuites pour manquement ou suspicion de manquement à la probité. Cependant, le choix de ce cadre juridique de contrôle *a posteriori* ne réduit pas la rigueur de la législation américaine de *compliance* qui remplit parfaitement son rôle de moralisation des contrats d'affaires. Il faut constater que cette législation a pour particularité sa force d'inciter les acteurs économiques à la prise de conscience de la nécessité de se soumettre à une réforme morale de leurs comportements. En effet, les règles juridiques et éthiques sont de plus en plus exigeantes et contraignantes pour eux au regard de la sévérité des sanctions prononcées.

Lorsque le *DOJ* enquête sur la base des lignes directrices émises et qui décrivent les conduites à adopter par les acteurs économiques dans les contrats commerciaux de manière à être conforme au *FCPA*¹⁰⁷⁶, il procède à l'évaluation de l'effectivité et de l'efficacité des programmes de *compliance* mise en place par l'acteur économique régulé¹⁰⁷⁷. À cet effet, à titre d'exemple, le *DOJ* à travers son Guide a défini la procédure d'évaluation des programmes de *compliance* à suivre et les facteurs spécifiques à prendre en compte par les procureurs de la République. Parmi ces facteurs, comme le décrit les *Principes de poursuite fédérale des organisations commerciales* dans le Manuel de justice du *DOJ*, les procureurs doivent non seulement prendre en compte « *la pertinence et l'efficacité du programme de compliance de la*

¹⁰⁷⁵ L. COHEN-TANUGI, « Les contrôles initiés par les autorités étrangères : le système américain », *op. cit.*

¹⁰⁷⁶ 15 U.S.C. §§ 78 dd-1 Prohibited foreign trade practices by issuers.

¹⁰⁷⁷ V. U. S Department of Justice, Criminal Division, « *Evaluation of Corporate Compliance Programs* », 2020, p. 1. « *Evaluating a compliance program* », *SFO Operational Handbook*, *op. cit.*

société au moment de l'infraction, ainsi qu'au moment de la décision d'inculpation », mais aussi les efforts déployés « *pour mettre en œuvre un programme de compliance adéquat et efficace ou pour améliorer un existant* »¹⁰⁷⁸. À cet égard, il est donc possible d'affirmer que c'est un processus d'évaluation, qui, au-delà de son utilité à garantir la diffusion de la culture d'éthique pour la moralisation des contrats d'affaires, par ricochet, sert d'outil de contrôle de la liberté contractuelle.

652. Le contrôle de la liberté contractuelle des acteurs économiques par le processus d'évaluation des programmes de *compliance* initié par les autorités de poursuites. Pour atteindre l'objectif d'une application pertinente et efficace du dispositif de *compliance* afin de réussir à moraliser les contrats d'affaires, il faut être en mesure de maîtriser la liberté contractuelle des acteurs économiques, notamment dans le choix de leurs partenaires, et de l'emplacement géographique de leurs activités économiques. Cette restriction de la liberté contractuelle participe à la concrétisation des objectifs de diffusion de la culture de *compliance*. Elle passe par le rôle attribué aux autorités de poursuite dans le processus d'évaluation des programmes de *compliance*. Ainsi, en se référant au Manuel de justice du DOJ mis à jour en mars 2023, l'examen de la pertinence et de l'efficacité du programme de *compliance* mis en place par l'acteur économique régulé passe par trois questions fondamentales qu'un procureur devrait se poser.

653. La première question invite l'autorité de poursuite à se demander si le programme de *compliance* de l'acteur économique régulé est de qualité afin de pouvoir diffuser une culture de *compliance*. Et cela n'est possible que par la mise à l'épreuve des programmes de *compliance* par le processus d'évaluation des risques qui permet de s'assurer que ceux-ci imprègnent bien les opérations économiques d'exigences éthiques. En effet, ce processus consiste, en présence de certains facteurs à risque, tels que l'emplacement dans un pays sensible aux manquements à la probité des opérations de l'acteur économique régulé, ou des potentiels clients et partenaires commerciaux, *etc.*, à analyser et à traiter efficacement « *les types particuliers d'inconduite les plus susceptibles de se produire dans le secteur d'activité d'une*

¹⁰⁷⁸ U.S Department of Justice, "Principles of Federal Prosecution of Business Organizations", JM § 9-28.300, citant JM § 9-28.800 et JM § 9-28.1000. <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations#9-28.300>. Ces recommandations, nous les retrouvons également dans les United States Sentencing Guidelines, où il est conseillé aux procureurs de déterminer si l'acteurs économique régulé avait mise en place au moment de l'inconduite un programme de compliance efficace aux fins de calcul de l'amende pénale organisationnelle appropriée. V. USSG §§ 8B2. 1, 8C2. 5(f) et 8C2. 8(11).

société donnée »¹⁰⁷⁹. Cependant, contrairement en droit français où le processus d'évaluation est une obligation *ex ante* qui incombe aux acteurs économiques assujettis, et en droit sénégalais, où son avenir à émerger un jour dans l'innovation du contrôle de conformité des contrats d'affaires demeure incertain, en droit américain, c'est une compétence *ex post* attribuée à l'autorité de poursuite, à savoir le procureur de la République, chargé de veiller à la réforme morale des comportements.

654. Suivant ainsi la volonté de s'assurer du dispositif de *compliance* déployé par l'assujetti, les politiques et préoccupations de *compliance* doivent apparaître dans « *un code de conduite qui énonce, entre autres, l'engagement de l'entreprise à se conformer pleinement aux lois (...)* »¹⁰⁸⁰. En sus, cette intégration de la culture de *compliance* passe notamment par le biais d'un mécanisme efficace de gestion des tiers¹⁰⁸¹, de signalement confidentiel des violations du code de conduite¹⁰⁸², de la formation et de la communication qui sont d'autres caractéristiques d'un programme bien conçu.

655. La deuxième question, qui interroge la bonne foi de l'acteur économique dans son engagement à mettre en place un programme de *compliance*, intéresse d'une part la capacité de ce dernier à fonctionner efficacement, et d'autre part l'adéquation des ressources réunies pour atteindre cet objectif. Elle permet de considérer qu'au-delà des politiques et procédures de *compliance*, il est essentiel pour les acteurs économiques régulés de créer et favoriser une

¹⁰⁷⁹ U.S Department of Justice, "Principles of Federal Prosecution of Business Organizations", JM § 9-28.800.3. Pour la Division criminelle du ministère de la justice des États-Unis, il est mentionné dans son Manuel of Justice d'évaluation des programmes de *compliance* d'entreprises, que « *le point de départ par un procureur de la question de savoir si une entreprise dispose d'un programme de compliance bien conçu consiste à comprendre les activités de l'entreprise d'un de vue commercial, la manière dont l'entreprise a identifié, évalué et défini son profil de risque, et la mesure dans laquelle le programme consacre un examen et des ressources appropriés à l'éventail des risques* ».

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*

¹⁰⁸¹ Parmi les caractéristiques d'un programme de *compliance* bien conçu figure le devoir de diligence raisonnable fondée sur les risques greffés à ses relations avec les tiers : sous-traitant, fournisseurs, agents consultants, etc. L'autorité de poursuite doit donc par exemple évaluer le niveau de connaissance de l'acteur économique de son besoin d'un tiers dans ses opérations économiques, des potentiels risques qui peuvent découler de leurs relations et de la réputation de ses partenaires tiers. S'il existe une clause contractuelle, l'autorité de poursuite doit analyser les mesures prises par l'acteur économique pour s'assurer que celle-ci décrivent spécifiquement les prestations à exécuter et qu'elles sont les motifs du paiement effectué, mais aussi que ce paiement est proportionnel à la prestation fournie. V. en ce sens, U. S Department of Justice, Criminal Division, « *Evaluation of Corporate Compliance Programs* », JM § 9-28.800, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁸² Ces garanties de confidentialité pour garantir l'efficacité du processus de détection et de prévention des risques sont également prévues par la loi « Sapin 2 ». Comme le souligne Amnesty International, souvent par l'effet de la subordination de nombreux cas d'atteintes au code de conduite ou toute autre violation des règles juridiques et éthiques n'étaient pas dénoncés car par peur d'être « la cible d'intimidations, d'harcèlement, de menaces, de licenciement, de procès en diffamation ». Avec la loi « Sapin 2 » les lanceurs d'alerte sont désormais protégés. V. AMNESTY INTERNATIONAL, « Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ? », <https://www.amnesty.fr/focus/lanceur-dalerte> (consulté le 03 avril 2023).

culture d'éthiques et de *compliance* à tous les niveaux de leurs relations d'affaires et par chaque partenaire. C'est pourquoi la bonne conception d'un programme de *compliance* ne suffit pas à garantir sa bonne diffusion, car les apparences sont souvent trompeuses. Par conséquent, le support-papier ou numérique qui matérialise l'existence d'un programme de conformité bien conçu n'est pas suffisant. Selon les lignes directrices de l'évaluation de programmes de conformité de 2023, les autorités américaines de poursuite doivent évaluer les mesures concrètes servant de preuve de sa mise en œuvre pertinente et efficace. Il s'agit notamment d'évaluer la suffisance des mesures mises en place et de leur utilité dans l'amélioration du programme de *compliance*, mais aussi celle des ressources allouées pour veiller aux opérations économiques suspectes. À titre d'exemple pratique d'opérations économiques suspectes, nous pouvons citer les remises excessives aux distributeurs, les paiements douteux à des sous-traitants, et en général les contrats d'affaires à haut risque, à l'exemple d'un contrat au montant élevé passé avec un partenaire situé dans un pays à haut risque¹⁰⁸³.

656. Enfin, **la troisième question** pose le débat sur cette attention fondamentale accordée à la nécessité d'avoir un programme de *compliance* concrètement pertinent et efficace. En se posant cette question dans le processus d'évaluation du programme de *compliance* de l'acteur économique régulé, l'autorité de poursuite fait la synthèse des deux précédentes questions. En effet, l'efficacité d'un programme de *compliance* dépendra nécessairement de sa bonne conception et de sa mise en œuvre de bonne foi. C'est pourquoi il est exigé de l'autorité de poursuite d'évaluer « *la pertinence et l'efficacité du programme de compliance de la société au moment de l'infraction, ainsi qu'au moment de l'inculpation* »¹⁰⁸⁴. Il faut souligner que c'est une évaluation délicate dans la mesure où un manquement aux règles ne signifie pas, en soi, que le dispositif de *compliance* mis en place par l'acteur économique régulé était inefficace pour prévenir et dissuader ce manquement. C'est pourquoi, dans les recommandations du DOJ, il est prévu que « *pour évaluer si le programme de compliance d'une entreprise était efficace au moment de l'inconduite, les procureurs doivent examiner si et comment l'inconduite a été détectée, quelles ressources d'enquête étaient en place pour enquêter sur l'inconduite présumée, ainsi que la nature et la rigueur des efforts de l'entreprise pour y remédier* ». En outre, « *les procureurs doivent déterminer si le programme a évolué au fil du temps pour faire face aux risques de conformité existants et changeants (...); déterminer si l'entreprise a*

¹⁰⁸³ V. U. S Department of Justice, Criminal Division, « *Evaluation of Corporate Compliance Programs* », *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁸⁴ U.S Department of Justice, *op. cit.* JM § 9-28. 300.

entrepris une analyse adéquate et honnête des causes profondes pour comprendre à la fois ce qui a contribué à l'inconduite et le degré de correction nécessaire pour éviter que des événements similaires ne se reproduisent à l'avenir »¹⁰⁸⁵. Nous pouvons donc constater à travers ces recommandations que la préoccupation d'un comportement éthique dans les contrats d'affaires apparaît donc en filigrane dans la nécessité pour l'autorité de poursuite d'apprécier la bonne foi de l'acteur économique régulé dans ses actions de réalisation des « buts monumentaux ».

657. En somme, sur la question de la moralisation des contrats d'affaires, le *DOJ* est venu élargir le débat en posant dans ses recommandations le principe de crédibilité de la démarche de *compliance* des acteurs économiques régulés. Il est fondé sur la bonne foi de leurs actions et doit être l'empreinte de leur volonté de se conformer aux règles juridiques et éthiques. Il est évident qu'il y a un coût pour les acteurs économiques régulés à se conformer aux règles qui régissent leurs activités, mais ce coût de *compliance* représente peu de chose au regard des conséquences que pourrait engendrer le refus de se soumettre à la réforme morale des comportements entreprise par la *compliance*.

Sous-section 2 : Les conséquences normatives du contrôle des contrats d'affaires

658. Une diversité des méthodes de sanctions dans le droit américain garantissant la pertinence et l'efficacité de la diffusion de la culture de *compliance*. Si le défi du droit français est de concevoir à travers la loi « Sapin 2 » et la « loi Vigilance » un dispositif de *compliance* permettant l'évitement des juges et de garantir une sécurité au respect des normes juridiques et éthiques pour éviter les conflits¹⁰⁸⁶, le droit américain est en revanche dans une logique de « la juridictionnalisation de la *compliance* ». Cette dernière n'est pas nouvelle¹⁰⁸⁷ en droit américain au regard des mécanismes de diffusion de la culture de *compliance* qui met le juge au centre de cet objectif.

659. Dans cette perspective, désireux de moraliser les contrats d'affaires, les promoteurs américains de la *compliance* ont opté pour une rationalisation du droit de la *compliance* en

¹⁰⁸⁵ U. S Department of Justice, Criminal Division, « Evaluation of Corporate Compliance Programs », *op. cit.*, p.15.

¹⁰⁸⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « Lignes de force de l'ouvrage : la juridictionnalisation de la *compliance* », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La juridictionnalisation de la *compliance**, Dalloz, février 2023, p. 1.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.* Selon la Professeure Anne-Marie Frison-Roche, bien que le défi soit de mettre un dispositif permettant d'éviter le juge et les conflits par de la prévention en *ex ante*, la nouveauté en droit français c'est la juridictionnalisation de la *compliance* qui n'est que le résultat de la maturité de cette nouvelle branche du droit.

diversifiant les méthodes de sanctions des « buts monumentaux négatifs » qui sont illustrées par les Guides du *Foreign Corrupt Practices Act*. Ainsi, lorsque toutes les garanties n'ont pas été apportées par les acteurs économiques régulés pour prévenir les risques juridiques et éthiques, il faut alors avoir recours à la sanction pour corriger l'inefficacité du dispositif de *compliance*.

660. Plan. Ce qui fait la particularité du droit de la *compliance* américain, c'est le caractère diversifié de son cadre législatif de sanction de non-conformité (A) et un système répressif atypique incarné par les sanctions négociées (B) garantissant un combat effectif de diffusion transnationale des exigences de la *compliance*.

A- La pluralité des sanctions prononcées

661. L'aléa moral du contenu des sanctions prononcées, fondement de l'adhésion des acteurs économiques régulés à la justice négociée. *De prime abord*, nous constatons que, par « la juridictionnalisation de la *compliance* » qui s'inscrit dans les référentiels juridiques tangibles, la non-conformité est un risque matériel pour l'acteur économique régulé de se voir infliger des sanctions pour manquement ou carence de sa politique de diffusion de la culture de *compliance*¹⁰⁸⁸. Cet aléa moral de la sévérité des sanctions et les longues procédures judiciaires coûteuses justifient souvent le choix d'éviter la justice étatique ou pénale, en faisant recours aux modes alternatifs non contentieux de traitement des litiges. C'est un choix qui présente des intérêts aussi bien pour les acteurs économiques régulés, mais aussi pour les autorités de poursuites. C'est pourquoi les États-Unis au début du XX^e siècle¹⁰⁸⁹ ont très tôt fait le choix de privilégier les voies de règlements négociés des sanctions.

662. L'émergence de nouveaux procédés de sanctions transactionnelles des contrats d'affaires : alternatives d'évitement de mise en accusation formelle. Le développement des procédés transactionnels et leur diversification semblent être depuis plusieurs décennies le maître mot et l'identité procédurale de la politique de répression en matière de *compliance* américaine. En effet, l'application de ces transactions se fait par le biais

¹⁰⁸⁸ J.-C. ANDRÉ-DUMONT, É. MALHERBE, *Vers une compliance maîtrisée : De la pression réglementaire à l'opportunité*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 26.

¹⁰⁸⁹ H. BOUTHINON-DUMAS, et F. MARTY. « Évaluer et manager le risque de sanctions pécuniaires prononcées par les autorités de régulation », *Management & Avenir*, vol. 74, n° 8, 2014, p.188. Ce choix de privilégier les voies des règlements négociés apparaît aux États-Unis dès l'entre-deux guerres dans les *consent decrees* (jugement d'expédient) mis en œuvre par la *Federal Trade Commission*. À cet égard, pour le sociologue américain Edwin Sutherland, le défaut de reconnaissance de culpabilité par l'acteur économique régulé et l'absence de décision rendue sur la base contentieuse, se présentaient comme intérêt majeur pour l'acteur économique parce que ce sont des procédures qui lui permettent d'éviter un *public shame*. Ce qui par conséquent justifie les recours de la voie des règlements négociés de litige pourtant sur la *compliance*.

de trois instruments : le *Guilty Plea* (le plaider coupable), le *Non Prosecution Agreement* — *NPA* (accord de non-poursuite) et le *Deferred Prosecution Agreement* — *DPA* (accord de poursuite différée). Ce dernier est l’outil préféré des autorités américaines. Donc, très sollicités parce que très pragmatiques en termes de diffusion de la morale dans les comportements, mais aussi en termes de coûts et de délais, les instruments de la justice négociée reposent sur la capacité des acteurs régulés à coopérer et surtout à être de bons négociateurs. En effet, il apparaît dans le chapitre 8B2. 1 du *Federal Sentencing Guidelines*, que la perspective de la sanction réduite, conditionnée par la coopération, est le moyen utilisé par les autorités de poursuite à travers les exigences énoncées pour deux objectifs. D’une part, il s’agit de rendre plus efficace le dispositif de *compliance* mis en place par les acteurs économiques régulés. D’autre part, il s’agit aussi de les inciter à adapter leurs systèmes de *compliance* encourageant un comportement éthique qui tend vers la moralisation de leurs relations d’affaires. Ces recommandations sont mentionnées au chapitre 8B2. 1 a) du *Federal Sentencing Guidelines*, modifié en 2004, intitulé « Programme de *compliance* et éthique efficace »¹⁰⁹⁰.

663. Ainsi, il est recommandé aux autorités de contrôle, d’examiner et de prendre en compte l’efficacité du programme de *compliance* de l’acteur économique régulé lors de la détermination de la sanction. Ce mécanisme d’atténuation des accusations formelles n’est pas inconnu en droit français, notamment en droit de la concurrence, dans le cadre de l’exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires prévues à l’article L. 464-2 IV du Code de commerce¹⁰⁹¹. En effet, en matière de *compliance* aux règles de concurrence, l’acteur économique régulé qui apporte les preuves permettant d’établir la réalité de la pratique prohibée et d’identifier ses auteurs peut bénéficier d’une réduction de sanction¹⁰⁹². Ainsi, ce modèle incitatif de comportements éthiques qui récompense les efforts de moralisation des relations d’affaires par la bonne foi de l’acteur régulé est conjugué avec un système procédural allégé. Il

¹⁰⁹⁰ V. Chapitre 8B2. 1 de la dernière version applicable depuis le 1^{er} Août 2021 du *Guidelines Manual* du *US Sentencing Commission*. Il prévoit que : « *Disposer d’un programme de compliance et d’éthique efficace (...), une entreprise doit : faire preuve de diligence raisonnable pour prévenir et détecter les comportements criminels ; et autrement promouvoir une culture organisationnelle qui encourage une conduite éthique et un engagement à se conformer à la loi* ». . <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2021/GLMFull.pdf>

¹⁰⁹¹ Article L. 464-2 IV du Code de commerce : « Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à une association d’entreprises qui a, avec d’autres, mis en oeuvre une pratique prohibée par les dispositions de l’article L. 420-1 s’il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d’information dont l’Autorité ou l’administration ne disposaient pas antérieurement. (...) ».

¹⁰⁹² V. en ce sens, le nouveau Document-cadre du 24 mai 2022 sur les programmes de conformités aux règles de concurrence de l’Autorité de la Concurrence qui vient redéfinir les points de repère sur les objectifs, la définition et la mise en oeuvre de ces programmes par les acteurs économique après la première version de 2012. https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2022-05/Conformite_nouveau%20doc-cadre%20ADLC.pdf

donne au procureur une part importante de pouvoir discrétionnaire quant à l'opportunité de diligenter l'ouverture d'un procès auprès du juge. Par conséquent, nous pouvons identifier deux finalités des procédés d'allégement des poursuites formelles. Premièrement, inciter les acteurs économiques à renforcer leurs comportements éthiques pour répondre aux nouvelles exigences de moralisation des contrats d'affaires. Deuxièmement, transférer une partie importante des compétences du juge vers le ministère public, à qui on confère la compétence de sanctionner des délits par des mesures de nature pénale, à l'exemple du *Guilty plea* ou *plea bargaining* (le plaider coupable), du DPA, du NPA. L'objectif est de faciliter les poursuites contre les acteurs économiques régulés, tout en diversifiant les possibilités pour trouver une entente sans passer par un procès avec les autorités de poursuite. Ainsi, dans la détermination du montant de la sanction, les critères qui sont mentionnés dans le *Guidelines Manuel* du US Sentencing Commission seront la base de la négociation entre les autorités de poursuite et les acteurs économiques régulés¹⁰⁹³.

664. En somme, au regard de ce qui précède, il faut constater que le droit américain qui a voulu une politique de sanctions efficaces et visibles dans le cadre des manquements aux obligations de *compliance*, l'a construit sur la base d'instruments modernes dont les spécificités permettent d'établir des accords négociés en impliquant les acteurs économiques régulés dans le processus. Dans la continuité de sa politique visant à imposer un cadre de référence de poursuite en matière de *compliance*, le droit américain a fait de la justice négociée une nouvelle norme et un outil nécessaire qui semblent être la plus adéquate pour atteindre les objectifs de diffusion de la culture de la *compliance*. Un système répressif atypique qui n'a pas manqué d'influencer, notamment le droit français en 2016 par le biais de la loi « Sapin 2 », laquelle repose sur le même principe que celui américain. Plusieurs affaires, dont celles de Airbus¹⁰⁹⁴,

¹⁰⁹³ B. FASTERLING, « *Criminal compliance* – Les risques d'un droit pénal du risque », *Revue internationale de droit économique*, vol. xxx, n° 2, 2016, p. 221.

¹⁰⁹⁴ Airbus, pour avoir identifié des pratiques commerciales illégales dans le cadre de ses contrats internationaux, s'est dénoncée auprès des autorités françaises et britanniques en faisant usages de leurs législations (la loi Sapin 2 et le *UK Bribery Act*) afin d'éviter une condamnation pénale et une exclusion dans le marché. Un accord de principe a été trouvé en janvier 2020 avec le PNF, le SFO et le DoJ pour une amende d'un montant de 3,6 milliards d'euros, soit une amende d'intérêt public de 2 082 137 455 € à payer aux autorités françaises, 983 974 311 € dans le cadre du DPA conclu avec le SFO et 525 655 000 € dans le cadre du DPA conclu avec le DoJ.

de Rolls-Royce¹⁰⁹⁵, de Siemens¹⁰⁹⁶, de KBR/Halliburton¹⁰⁹⁷, etc., avec des amendes à coût de plusieurs millions de dollars, témoignent de la montée en puissance de la *justice négociée* comme instrument privilégié de régulation des relations économiques et sociales en gage de moralisation des contrats d'affaires.

B- La négociation des sanctions recherchée

665. Sanctionner et moraliser pour violation des règles de la *compliance* par le procédé du *plea bargaining* et sans déclaration de culpabilité par le juge. Pour réussir à contrebalancer les facteurs de déséquilibre et d'instabilité du marché qui découlent souvent des comportements illégaux des acteurs économiques dans leurs contrats d'affaires, il faut un glissement vers un modèle nouveau de sanctions : le paradigme de la *justice négociée*. Il prend la forme d'un accord transactionnel et se manifeste en dehors du cadre juridique classique. Ainsi, la justice négociée traduit l'émergence d'un nouveau mode de contrôle et de sanctions pour violation aux obligations de *compliance* qui évince les pouvoirs du juge du fond¹⁰⁹⁸. Pour Olivier Boulon, Adjoint au Directeur des affaires juridiques près de l'AMF, « *cette éviction du juge ne doit rien au hasard. (...), La perspective d'un procès aux États-Unis, aux procédures longues et coûteuses et au verdict potentiellement dévastateur, est une extrémité qu'il faut à tout prix éviter* »¹⁰⁹⁹. Comme nous l'avons évoqué dans la première section, la *justice négociée* a donc été pensée par le droit américain afin de rompre avec cet état de fait de procédures longues et coûteuses en portant l'espoir d'assainir la vie des affaires avec un peu de morale sur le modèle de la « sanction sans reconnaissance de culpabilité » par le juge du fond. Toutefois, ce ne sont pas les seuls motifs qui justifient son utilisation. Il faut aussi y associer les conflits relatifs aux compétences territoriales et professionnelles des juges nationaux, car, par les mécanismes de la *justice négociée*, les autorités de poursuites parviennent, comme nous l'avons

¹⁰⁹⁵ Rolls-Royce qui s'est lui-même dénoncé auprès du SFO en fin 2012 pour des faits de corruption à l'étranger a été condamné début 2017 à verser une amende de 763 millions d'euros aux autorités britanniques, américaines et brésiliennes.

¹⁰⁹⁶ *United States Department of Justice*, Siemens AG et trois filiales plaident coupables à des infractions à la Foreign Corrupt Practices Act et acceptent de payer 450 millions de dollars en amendes criminelles combinées, des mesures d'exécution coordonnées par le ministère de la Justice, la SEC et les autorités allemandes entraînent des sanctions de 1,6 milliard de dollars, communiqué de presse, 15 décembre 2008.

¹⁰⁹⁷ *United States Department of Justice*, Kellogg Brown & Root LLC plaide coupable à des accusations de corruption transnationale et accepte de payer une amende pénale de 402 millions de dollars, des mesures d'application de la loi par le MJ et la SEC entraînent des sanctions de 579 millions de dollars pour la participation de KBR à un stratagème visant à soudoyer des fonctionnaires nigériens pour obtenir des contrats, communiqué de presse, 11 février 2009.

¹⁰⁹⁸ O. BOULON, « Chapitre 2. Une justice négociée », Antoine Garapon (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2020, p. 39.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*

souligné précédemment, à lever un certain nombre de difficultés à l'exemple des lois de blocage dès lors que c'est l'acteur économique régulé qui ordonne la mise en œuvre d'une enquête interne.

666. Ainsi, nous sommes en accord avec le Professeur F. Gros qui souligne que, c'est un instrument de sanction des règles de *compliance* qui emprunte des voies inédites et bouleverse les représentations classiques des rôles de l'accusation et de la défense¹¹⁰⁰. À cet égard, il convient de relever que la perspective implicite de cette pratique n'est ni plus ni moins un nouvel usage de la morale pour alerter l'acteur économique régulé de la possibilité de voir ses activités paralysées en cas de mise en œuvre d'une procédure formelle et contradictoire, fondée sur la répression pénale. Monsieur D. Soulez-Larivière l'explique clairement : « *le Deferred Prosecution Agreement accompagné d'un monitor et d'un système de compliance obligatoire, reposant entièrement sur la dissuasion que représente le procès pénal américain, constitue depuis une dizaine d'années le moyen le plus efficace de répression et de prévention de la corruption* »¹¹⁰¹.

667. Cependant, il faut souligner que si le juge américain intervient rarement dans les transactions ou presque pas, à moins que ce soit pour les besoins d'homologation parce que la jurisprudence considère qu'elles sont présumées servir l'intérêt général¹¹⁰², ce n'est pas certain que ce soit le cas en droit français, dès lors que la conclusion d'une transaction sans véritable intervention du juge du fond serait considérée comme inconstitutionnelle¹¹⁰³. En effet, pour remédier à l'excès de procédure, selon les lignes directrices établies par le Parquet national financier sur la mise en œuvre de la CJIP mise à jour le 16 janvier 2023, celle-ci doit être validée par le président du tribunal saisi par requête. Ainsi, le droit français a fait le choix à travers les dispositions portant sur la CJIP, de maintenir le juge du fond dans le processus de la *justice négociée*¹¹⁰⁴. Cette intervention du juge du fond satisfait certes les défenseurs des intérêts de la justice classique, mais nous pensons qu'il serait incompatible avec la logique économique des

¹¹⁰⁰ F. GROS, « Chapitre 7. Coopérer contre soi-même », Antoine Garapon (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*. PUF, 2020, p. 155. L'auteur considère que c'est l'émergence d'« une justice sans juge, une justice sans prononcée de peine publique, une justice sans garantie, une justice de bout en bout négociée »

¹¹⁰¹ D. SOULEZ-LARIVIERE, « Chapitre 6. Le marché de la vertu », Antoine Garapon (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*. PUF, 2020, p.151.

¹¹⁰² A. GARAPON, « Chapitre 5. Une justice « très » économique », Antoine Garapon (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*. Presses Universitaires de France, 2020, p. 118.

¹¹⁰³ D. SOULEZ-LARIVIERE, « Chapitre 6. Le marché de la vertu », *op. cit.*, p. 151

¹¹⁰⁴ Article 41-1-2 du Code de procédure pénale.

accords transactionnels et risque sans doute de retirer toute l'attraction qu'offre ce dispositif si trop de liberté lui est accordée pour modifier ou refuser les accords transactionnels.

668. Au-delà de toutes ces considérations d'ordre juridique et économique, il est nécessaire de constater qu'en privilégiant la voie de la *justice négociée* pour sanctionner les manquements à la probité dans les relations d'affaires, la volonté du droit américain est d'atteindre la culture des multinationales pour réussir à y imprégner des comportements éthiques. Toutefois, cette volonté de moraliser les contrats d'affaires n'est possible que lorsqu'il y a un contact direct entre les autorités de poursuites et les acteurs économiques régulés sans un détour par le juge qui va chercher à garantir l'intérêt général et les droits de chaque partie, même en cas de comportements illégaux qui risquent d'être impunis. L'originalité de la *justice négociée* réside également dans la volonté d'engager les acteurs économiques dans un processus de coopération, les incitant à divulguer volontairement les potentielles violations des règles juridiques et éthiques auxquelles ils sont soumis.

669. Des exigences de coopération avec les autorités de poursuites pour une responsabilisation des acteurs économiques : une contractualisation des sanctions. Bien que l'incitation à la coopération dans un *DPA* qui s'appuie sur les mécanismes du droit des obligations ne soit pas destinée à réparer les conséquences dommageables d'une faute subie par la victime, mais plutôt à sanctionner l'acteur économique régulé qui a commis un manquement aux obligations de *compliance*, son usage permet de faire cesser les comportements illégaux sans paralyser son activité économique. Pour accompagner les acteurs économiques poursuivis pour atteinte à la probité vers le respect des normes juridiques et éthiques en vigueur, et ce, de façon contraignante par des obligations qui prennent la forme de *compliance* avec le *DPA*, il faut réussir à les amener à coopérer afin de contractualiser les engagements réciproques pris par les parties. Ainsi, bien qu'un droit de ne pas s'incriminer soit reconnu, il faut noter que le besoin de moraliser les contrats d'affaires entraîne une modification des garanties classiques d'une procédure pénale. En effet, par son mode de fonctionnement, le régime des accords transactionnels est favorable à l'auto-incrimination, dans la mesure où la coopération avec les autorités de poursuite est une condition préalable, nécessaire à une éventuelle signature d'un accord de *justice négociée*. Au regard de cette perception, la coopération s'oppose dans ce cas au droit du silence et exige par conséquent une auto-dénonciation par le biais de laquelle l'acteur économique régulé reconnaît les faits pour lesquels il est mis en cause. En revanche, cette obligation de coopération continue pendant et après la conclusion de l'accord qui existe

en droit américain n'est pas prévue par le Code de procédure pénale français¹¹⁰⁵. Ainsi, quand les faits sont graves, le niveau de coopération doit être exemplaire au risque de se voir refuser la conclusion d'un accord.

670. En définitive, présenter comme des outils offrant des moyens efficaces permettant de lutter contre les violations des règles de *compliance*, les accords transactionnels ont pour objectif d'inciter les acteurs économiques régulés non conciliants à adopter une culture de la *compliance* dans leurs relations d'affaires. Il est donc possible de soutenir que ces accords transactionnels fondés sur la coopération et l'auto-déclaration de potentielles violations des règles juridiques et éthiques constituent un outil majeur de moralisation des contrats d'affaires.

671. Conclusion de la section 2. L'étude montre que, compte tenu des conséquences désastreuses que pourraient provoquer les manquements aux obligations de *compliance* dans les contrats d'affaires et qui peuvent rapidement se propager à travers un marché économique de plus en plus mondialiser, afin de réduire les risques, l'idéal pour le droit américain était de combiner les méthodes. C'est-à-dire, la méthode d'incitation à la *self-régulation* et la méthode des sanctions dissuasives par le biais de la coopération entre acteurs économiques régulés et autorités de poursuite. Ainsi, la principale fonction des programmes de *compliance* dans une perspective de moralisation des contrats d'affaires est de modifier les méthodes d'incitations des acteurs économiques à tendre vers la réalisation des « buts monumentaux ». Cependant, nous avons constaté que les amendes, les sanctions civiles ou souvent les peines d'emprisonnement sont les modes de sanctions privilégiés par les autorités chargées de l'application de la loi (*DOJ, SEC*). Enfin, bien que considérée comme beaucoup plus dissuasive, l'exclusion des futurs contrats de la multinationale mise en cause avec les États-Unis¹¹⁰⁶ est une sanction légale qui est inutilisée.

¹¹⁰⁵ T. BAUDESSON et Ch. MERVEILLEUX DU VIGNAUX, « La négociation des accords de règlement », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, février 2021, n° 1, étude 47, p. 18.

¹¹⁰⁶ Cette sanction est disponible non pas dans le FCPA, mais en vertu du *Federal Acquisition Regulation* (FAR). V. FAR 9.406-5 (2010).

CONCLUSION DU CHAPITRE 3

672. En droit américain, la *compliance* rencontre aujourd'hui un grand succès et trouve sa place dans l'ordre juridique de plusieurs États. Ce succès s'explique par la maturité du système américain et par la volonté d'imposer sa politique de régulation dans un espace économique globalisé.

673. Dans cette optique, le droit américain a réussi à faire de la *compliance* une arme efficace de moralisation des contrats d'affaires par le biais de la sensibilité des acteurs économiques au respect des obligations de *compliance*. L'objectif était d'exporter en dehors de leurs frontières, un savoir-faire et une nouvelle méthode de régulation et de contrôle de conformité des contrats d'affaires en faisant croire qu'il existe une conscience éthique commune de respect des règles que chaque État doit prendre en compte. C'est une politique qui semble réussie au regard de l'influence que le dispositif de *compliance* américaine a eu, du fait de son application extraterritoriale dans les autres systèmes juridiques, notamment celui français. En effet, il convient de relever que la généralisation des règles du *FCPA*, dont la sévérité des sanctions marque également leurs particularités, a eu un réel impact sur la prise de conscience de la part des acteurs économiques régulés, quant aux conséquences négatives d'une démarche de non-conformité.

674. En définitive, même si la politique des États-Unis qui est présentée comme un modèle en matière de *compliance* n'a pas que des objectifs d'ordre éthique, il faut reconnaître que les méthodes utilisées ont eu du succès dans la diffusion de la « culture de *compliance* » qui reste une référence au niveau mondial.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

675. L'étude comparative de la *compliance* comme outil de moralisation des contrats d'affaires en droit français, en droit sénégalais et en droit américain nous a permis de démontrer que, même si c'est souvent par des politiques, procédures et process de contrôles différents, substantiellement c'est une valeur commune partagée dans l'optique de tendre vers la réalisation des « buts monumentaux ». Il est clair que ce qui est recherché va au-delà d'une simple adaptation juridique des comportements. La *compliance* induit à un changement de culture dans la conduite des contrats d'affaires, c'est donc *une réforme morale du comportement des acteurs qui est recherchée*.

676. En effet, le besoin éthique était devenu une évidence et les contrats d'affaires longtemps présentés en termes de profit et de chiffre d'affaires sortent de ce paradigme parce qu'ils apparaissent comme une composante de la société qui doit garantir l'intérêt général. Ainsi, pour atteindre cet objectif de diffusion de la « culture de *compliance* » dans les contrats d'affaires, les systèmes juridiques français, sénégalais et américain se sont donné les moyens avec des mesures à vocation internationale qui sont souvent mises en application au détriment même des grands principes de droit commun de régulation des activités économiques. Il est donc vrai que, pour faire face aux risques de la globalisation considérable des activités économiques, il fallait, avec les méthodes des règles de la *compliance*, atténuer l'importance du principe de territorialité, de celui des droits de la défense et même le rôle du juge du fond. À cet égard, nous avons remarqué que, si les règles de *compliance* sont clairement établies en droit français et en droit américain, tel n'est pas le cas en droit sénégalais, où il n'existe pas une politique législative qui rend obligatoire l'adoption d'un programme de *compliance*.

677. Donc, l'idéal pour favoriser la défense des valeurs et encourager des comportements vertueux dans les relations d'affaires, c'est de réussir à responsabiliser les acteurs économiques régulés en les incitant à adopter la réforme morale des comportements dans leurs relations d'affaires. Cette responsabilisation des acteurs économiques part de l'idée selon laquelle il est quasi impossible d'éradiquer les manquements à la probité. Par conséquent, il convient de changer l'attitude des acteurs économiques face à ces risques de violation qui ne peuvent plus être tolérés. Dans cette perspective, il était nécessaire de faire gagner en sécurité, en légitimité et en équité l'idée d'une « culture de la *compliance* »¹¹⁰⁷ en appliquant des

¹¹⁰⁷ D. C. LANGEVOOT, « *Culture of compliance* », *op. cit.*, p. 944

méthodes incitatives et des recommandations venant restreindre la marge de manœuvre des acteurs économiques. Ces derniers n'ont pas d'autres choix que de se soumettre au respect des règles au regard de la sévérité des sanctions en cas de manquement. Cette entreprise est amorcée en droit français et en droit américain par un certain nombre de textes législatifs, tels que la loi « Sapin 2 », la « loi Vigilance », le *FCPA*. De façon pragmatique l'accent a été mis sur la nécessité pour les acteurs économiques régulés de coopérer pour pouvoir bénéficier de la clémence des autorités de poursuites et échapper aux risques de sanction en cas de potentiel manquement aux règles juridiques et éthiques auxquelles ils sont soumis. C'est donc l'utilisation d'un ensemble de procédés d'ordre éthique qui confirme l'idée de la moralisation des contrats d'affaires.

TITRE DEUXIÈME : DES LEVIERS SIMILAIRES POUR UNE RÉDUCTION DES INÉGALITÉS CONTRACTUELLES DANS LES CONTRATS D’AFFAIRES

678. La prise en compte des inégalités contractuelles un enjeu actuel partagé. Le mouvement engagé depuis le XX^e siècle de moraliser les contrats d’affaires afin de garantir la justice n’a cessé d’évoluer, entraînant le bouleversement de plusieurs règles qui gouvernent le droit des contrats. Au titre de cet esprit de moralisation, l’évolution de la conception du droit des contrats et le renouvellement des fondements du contrat ont été marqués par la multiplication des propositions doctrinales pour une nouvelle approche du contrat fondée, non pas sur des intérêts antagonistes, mais plutôt sur des intérêts communs impliquant une collaboration afin d’éviter toute inégalité. À cet effet, tous les verrous des règles qui gouvernent le principe de l’autonomie de la volonté, lequel était quasiment intangible, limitant les marges de manœuvre des contractants, peuvent aujourd’hui sauter face à la prise de conscience des contraintes socio-économiques¹¹⁰⁸. Le besoin est « *de parvenir à des rapports équilibrés et égalitaires, empreints de plus de fraternité et de justice* », comme le souligne la Professeure C. Thibierge¹¹⁰⁹. Ainsi, le temple du contrat qui était protégé des influences extérieures, garanti notamment par l’immutabilité de ses termes, l’indifférence aux déséquilibres contractuels qui découle de l’imprévision¹¹¹⁰, se trouve aujourd’hui imprégné par de nouveaux principes. Ils incitent à rendre le contrat plus vivant et plus flexible permettant de corriger les abus et les irrégularités. Une tendance qui a vu le jour dans certaines branches du droit des affaires avant de se généraliser dans le droit commun des contrats. Nous pouvons donner l’exemple du droit de la concurrence qui se présentait comme le laboratoire d’étude des inégalités contractuelles dans les relations d’affaires entre partenaires commerciaux,¹¹¹¹ avec notamment la consécration de la notion d’abus de dépendance économique¹¹¹² en droit français.

679. Ainsi, grâce à la découverte de nouveaux fondements moraux par la doctrine contemporaine, qui viennent compléter et donner de la souplesse aux fondements volontaristes, on peut maintenant admettre qu’il ne faut pas seulement considérer la volonté des parties pour

¹¹⁰⁸ D. MAINGUY, *Cours de droit des contrats*, EDS L.2, 2022-2023, p. 48. Consulté en ligne le 08 juin 2023 : <https://cours.univ-paris1.fr/pluginfile.php/1636538/course/section/224640/Droit%20des%20contrats%20Pr%20MAINGUY%20EDS%20L2%20Gr2%202022-2023%20I%20V2.pdf>

¹¹⁰⁹ C. THIBIERGE, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357.

¹¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹¹ F. JACOMINO, *Le contrôle objectif de l’équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence*, Thèse Droit, Université Côte d’Azur, 2018, p. 2.

¹¹¹² V. *supra*, n° 115 et s.

évaluer la force obligatoire du contrat. Au regard de cette approche contemporaine, l'utilité recherchée dans une relation contractuelle n'est plus celle abstraite ou unilatérale qui ne sert qu'à un seul des contractants ; mais une utilité concrète, générale qui répond à l'intérêt commun dès lors que le contrat est un instrument d'échange de richesses et de services.

680. L'assouplissement de l'intangibilité du principe de la force obligatoire du contrat : un sacrifice nécessaire pour corriger les inégalités contractuelles. Longtemps appliqué dans toute son intensité par les juges français, sénégalais et américain, le principe de la force obligatoire du contrat a connu une redéfinition de sa portée sous l'influence de l'évolution de la vie des affaires et la multiplication des contrats d'affaires déséquilibrés. La doctrine contemporaine constate que le sens réel¹¹¹³ de la règle du respect de la parole donnée qui occupe une place importante en droit américain, ne doit pas être fondé que sur l'adage *pacta sunt servanda* qui favorise souvent des déséquilibres substantiels. Pour certains auteurs, cette présentation semble erronée et la portée de cette règle pourrait être plus nuancée. En effet, certains parmi eux, considérant qu'« *il n'y a pas en effet de violation de la parole donnée lorsque l'une des parties ne remplit pas un engagement pris dans des circonstances qui se sont trouvées par la suite bouleversées* »¹¹¹⁴. Les termes du contrat ne doivent pas alors rester figés.

681. Plan. Convient-il pour entrer dans l'ère de la moralisation des relations contractuelles, il a fallu donc réussir, d'une part, la prise de conscience sur les limites de l'autonomie de la volonté dans les contrats d'affaires et faire usage du principe d'équité pour atténuer les inégalités contractuelles (**chapitre 1**) et d'autre part, la nécessité de rechercher une justice contractuelle propre aux contrats d'affaires (**chapitre 2**).

¹¹¹³ V. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, T. 2, 1957, n° 451. Pour ces auteurs, « *en supposant des volontés qui ne se sont pas exprimées, le juge peut soit découvrir dans le contrat des obligations qui n'y figurent pas, soit modifier celles qui s'y trouvent. Le législateur a été ensuite plus hardi. Il a accordé au juge dans certaines conditions le droit de suspendre, de protéger ou de résilier le contrat ou celui d'en changer les conditions de certains contrats (...)* » ; C. THIBIERGE, *op. cit.* ; C. SÉVÉLY-FOURNIÉ, « Le respect de la volonté irrespectueuse du contrat ou le paradoxe de la force obligatoire », in M. Nocod (dir.), *De la volonté individuelle*, LGDJ, 2009, p. 221-248 ; P. ANCEL, « La force obligatoire. Jusqu'où faut-il la défendre ? », in C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 164-165. Comme le souligne l'auteur, « *la force obligatoire du contrat ne doit pas être considérée comme un dogme, comme une fin en soi. Ce n'est qu'un moyen, un instrument en vue d'atteindre un certain équilibre social* ».

¹¹¹⁴ C. THIBIERGE, *op. cit.*, n° 12.

Chapitre 1 : Des inégalités contractuelles atténuées par le principe d'équité

682. L'hégémonie d'un paradigme contestée. Indispensable dans tout système juridique qui utilise l'outil contractuel pour créer, modifier, transmettre ou éteindre une relation juridique, la volonté est un axiome qui fonde les obligations contractuelles en droit français, en droit sénégalais et en droit américain. Les partisans du principe de l'autonomie de la volonté, pour défendre la force obligatoire du contrat, se sont inspirés de la conception individualiste de la pensée philosophique des Lumières et de la liberté kantienne. Celle-ci soutient la thèse selon laquelle chaque individu, par le pouvoir de sa volonté, doit pouvoir se donner sa propre loi et ne doit avoir aucune autre obligation que d'agir conformément à sa propre volonté¹¹¹⁵. Il a fallu un siècle après, en revoyant les raisons pour lesquelles la rencontre des volontés aboutit à la conclusion d'un contrat, pour se rendre compte de la réalité. L'évidence, désormais, est que le contrat ne se justifie plus à la seule référence à l'autonomie de la volonté.

683. L'évolution des fondements du contrat a démontré que les concepts éthiques ne sont pas des phénomènes dénués d'utilité et d'influence dans les contrats d'affaires. C'est pourquoi le dogme de l'autonomie de la volonté n'a pas un grand succès dans les contrats d'affaires. En effet, dans ces derniers, à l'exemple du contrat de franchise, le franchisé ne dispose pas souvent d'une pleine liberté pour discuter des modalités et/ou du contenu du contrat. Ainsi, pour réussir à articuler, d'un côté, l'autonomie de la volonté, et de l'autre côté, l'intérêt général et la justice contractuelle, deux impératifs de la loi, il fallait une limitation de la prégnance de l'autonomie de la volonté.

684. L'autonomie de la volonté mise à l'épreuve par les exigences éthiques. Pour sortir dans ce jeu d'attribution de monopole à l'autonomie de la volonté, comme cause radicale de toute obligation contractuelle qui occulte souvent la prise en compte des intérêts subjectivement recherchés par les contractants ou objectivement servis par l'obligation¹¹¹⁶, il faudrait admettre que le principe de l'autonomie de la volonté n'est pas un instrument d'égalité, tel que la théorie classique du contrat l'illustre.

685. Plan. Pour expliquer l'accueil favorable de la remise en cause partielle du principe de l'autonomie de la volonté par la doctrine qui a formulé des critiques face aux nombreux

¹¹¹⁵ J. HUMMEL, « L'autonomie illusoire de la volonté. Sur la « théorie pure du droit » de Schopenhauer », *Revue Droit et Philosophie*, n° 4, 2012.

¹¹¹⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « Volonté et obligation », *op. cit.*, p. 142.

enjeux contemporains, notamment ceux socio-économiques, nous verrons dans un premier temps que ce principe est devenu insuffisant pour fonder seul la force obligatoire des contrats d'affaires. C'est pourquoi elle sera complétée par le principe d'équité (**Section 1**) que nous examinerons dans un premier temps. Dans un deuxième temps, nous nous pencherons sur son atténuation par le contrôle de la puissance de la volonté unilatérale (**Section 2**).

Section 1 : Le principe d'équité comme garantie de la force obligatoire des contrats d'affaires

686. La force obligatoire des contrats d'affaires rattachée à des considérations socio-économiques. La puissance de la volonté de créer des obligations contractuelles contraignantes ne saurait exclure l'intervention de la loi pour garantir l'équilibre contractuel, l'ordre public et les bonnes mœurs, d'une part ; ni les exigences éthiques pour corriger les abus de pouvoir contractuels ou corriger les inégalités, d'autre part. Il faut y inclure les considérations socio-économiques parce que les contrats d'affaires, lesquels revêtent une valeur économique et patrimoniale considérable, méritent, à cet égard, une protection éthico-juridique renforcée¹¹¹⁷. L'appréhension économique du contrat, qui a toujours guidé la méthodologie contractuelle du droit américain, le distingue de celle de la tradition civiliste, qui accorde la primauté aux obligations créées par la volonté des contractants. Cette appréhension innervait aujourd'hui, à des degrés différents, le droit positif français et sénégalais.

687. Plan. Il existe plusieurs moyens pour constater ce renouvellement influencé par les exigences éthiques et la valeur socio-économique du lien contractuel. Pour démontrer cela, nous allons nous intéresser à la reconnaissance juridique du principe d'équité pour un changement de méthode d'analyse des fondements de la force obligatoire du contrat (**sous-section 1**) et l'apport de son contrôle dans l'ordre juridique contractuel (**sous-section 2**).

Sous-section 1 : La reconnaissance juridique partagée du principe d'équité

688. Du « mythe juridique du contrat égalitaire révolu »¹¹¹⁸ au besoin d'égalité des contractants dans les contrats d'affaires garantie par l'équité. En droit français, en droit sénégalais et en droit américain, la référence à l'équité nous est apparue comme un véritable instrument d'appréciation de la force obligatoire du contrat, selon laquelle tout engagement

¹¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹¹⁸ A. RIEG, « La lutte contre les clauses abusives des contrats. Esquisse comparative des solutions allemandes et françaises », in *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 221.

librement pris dans les conditions prévues par la loi doit être respecté par les parties au contrat. Chaque contractant est en droit d'attendre légitimement l'exécution loyale du contrat par rapport à ses attentes légitimes dans la mesure où la garantie de cette exécution de la promesse donnée justifie *a priori* l'équité et la crédibilité des engagements contractuels. En effet, ayant pour vocation de corriger ou suppléer la défaillance des lois, l'équité apparaît comme la « *notion d'une justice naturelle dans l'appréciation de ce qui est dû à chacun* »¹¹¹⁹ ou comme le « *principe qui commande de traiter également les choses égales* », une « *justice fondée sur l'égalité* »¹¹²⁰. Face à ces enjeux, la jurisprudence n'a pas longtemps résisté à ses vertus et en a fait usage pour fonder certaines règles qui ont pour résultat d'atténuer, dans certaines circonstances, la rigueur de l'autonomie de la volonté. La volonté librement exprimée n'est pas synonyme d'égalité des parties dans la mesure où il n'existe pas une pleine liberté et une parfaite égalité des contractants¹¹²¹ dans la conception contemporaine du contrat.

689. Plan. La surveillance de l'utilité et de la moralité du contrat d'affaires semble ainsi être assurée par la référence au principe d'équité. Toutes ces finalités assignées à l'instrument contractuel pour qu'il serve le bien commun et l'intérêt général se développent aujourd'hui dans les droits français et américains à travers l'émergence de la notion « d'intérêt du contractant » ou « d'attentes légitimes » (A). Le droit positif sénégalais des contrats, qui reste fortement dominé par l'hégémonie absolue du principe de l'autonomie de la volonté, semble relativiser cette notion (B).

A- Le constat de l'intégration explicite de l'intérêt légitime du contractant dans les contrats d'affaires français et américains

690. La satisfaction des intérêts légitimes des contractants : nouveau fondement de la force obligatoire du contrat en droit français. La loi Doubin n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative aux contrats de distribution a marqué une avancée en introduisant la notion d'intérêt commun à travers l'article L. 330-3, alinéa 1^{er} du code de commerce¹¹²². En droit commun des contrats, une lecture approfondie de l'article 1131 du Code civil qui dispose en

¹¹¹⁹ Le Robert, *dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, v. Équité.

¹¹²⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit.

¹¹²¹ L. ROLLAND, « « Qui dit contractuel, dit juste. » (Fouillée)... en trois petits bons, reculons », *Revue de droit de McGill*, V. 51, 2006, p. 769.

¹¹²² L'article L. 330-3, alinéa 1^{er} du Code de commerce dispose que : « *toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause* ».

ses termes que « *l'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet* » nous permet de constater, en déniait la force obligatoire du contrat sans cause, qu'il est de l'essence du contrat d'être un instrument de satisfaction des intérêts légitimes des parties. La notion d'attentes légitimes a même fait son entrée dans le droit commun des contrats lors de la réforme de 2016 à travers l'article 1166 du Code civil¹¹²³ qui vient définir la qualité de la prestation à fournir par le débiteur en cas de silence des parties. Selon cette disposition, elle doit être « *conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie* ». De son côté, l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux fait de la notion d'attentes légitimes, un élément de référence pour le juge dans la détermination du prix de rémunération de l'entrepreneur. En effet, l'article 1760, alinéa 2 de l'avant-projet, dispose que : « *à défaut d'accords sur le prix, le juge le fixe en fonction de la qualité de l'ouvrage réalisé, des attentes légitimes des parties, des usages et de tout autre élément potentiel* ». À notre sens, le caractère utilitariste du contrat qui ressort de ces dispositions est indéniable. Par conséquent, que l'on envisage le contrat de concession, de sous-traitance, de franchise, de distribution, les contractants ont un objectif commun qui est la réalisation de l'objet du contrat, laquelle passe nécessairement par la satisfaction des intérêts légitimes individuels¹¹²⁴.

691. À titre d'exemple, dans un arrêt rendu le 24 décembre 1998, le juge de la Cour de cassation avait prononcé la résiliation d'un contrat de franchise pour une faute précontractuelle du franchiseur. En l'espèce, l'étude fournie au franchisé avait décelé des incertitudes, des résultats fantaisistes et l'existence d'un hypermarché à proximité, ce qui rendait impuissant le contrat de franchise à assurer la rentabilité économique attendue par le franchisé sur la base des informations fournies¹¹²⁵. Pour reprendre monsieur A. Raclet, « *bien qu'il apparaisse comme une coopération en vue de l'avantage mutuel des parties, le contrat se caractérise tout à la fois par une identité d'intérêt, le but commun, et par un antagonisme ou une divergence d'intérêts, les buts individuels* »¹¹²⁶. Au regard de ses observations, tout contrat d'affaires révèle donc l'existence d'intérêts interdépendants, car la satisfaction de son propre intérêt passe *a priori* par

¹¹²³ Article 1166 du Code civil : « *Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation que qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie* ».

¹¹²⁴ B. RECEVEUR, *La force obligatoire du contrat de société : contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés*, Thèse Droit, Université de Cergy Pontoise, 2013, p. 331.

¹¹²⁵ Cass. com. 24/02/1998, R.J.D.A 7/98, n°854.

¹¹²⁶ A. RACLET, « L'inaptitude contractuelle : essai d'explication d'une nouvelle jurisprudentielle », *LPA*, 6 août 2001, n° 155, p. 17.

la satisfaction de l'intérêt de l'autre¹¹²⁷. Par conséquent, il n'aura force obligatoire que lorsqu'il est en mesure d'atteindre l'une de ses finalités, qui est la satisfaction des intérêts légitimes des parties. À cet égard, selon certains auteurs, comme le Professeur P. Lokiec, avec qui nous partageons la même approche, le rôle des intérêts légitimes doit pouvoir être déplacé de l'évaluation des dommages contractuels vers la force obligatoire du contrat dans la mesure où, « *si les intérêts constituent la mesure de la responsabilité, elles peuvent prétendre déterminer le contenu même de l'obligation contractuelle* »¹¹²⁸.

692. La recherche de la force obligatoire du contrat sur des considérations d'ordre moral, externes à la volonté déclarée des parties. Au regard de ce qui précède, il est tout à fait possible d'affirmer qu'avec l'évolution des fondements du contrat que beaucoup d'auteurs ne manquent pas de souligner¹¹²⁹, le droit français montre aujourd'hui que la force obligatoire du contrat pourrait être recherchée ailleurs que dans la déclaration de la volonté des contractants. En effet, même si chaque partie est le meilleur juge de ses propres intérêts, elle peut se trouver dans l'impossibilité de se défendre, notamment en cas de situation de dépendance économique envers son cocontractant dans le cadre, par exemple d'un contrat de distribution exclusive ou quasi exclusive.

Dès lors que la force obligatoire du contrat ne dépend pas entièrement de la volonté des contractants, il faut également des interventions externes, de la loi, du juge, des usages, des exigences de l'éthique pour corriger les déséquilibres que l'usage excessif du principe de l'autonomie de la volonté engendre souvent. Cela apparaît notamment dans les dispositions de l'article L. 441-1, I, 2° du Code de commerce qui prohibe les clauses instaurant un déséquilibre significatif dans les rapports entre acteurs professionnels. Mais également dans le nouvel article 1194 du Code civil qui illustre parfaitement que la force obligatoire du contrat peut être recherchée sur des éléments extérieurs à la volonté des parties. Il 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* ». Cette disposition vient atténuer le principe de la force obligatoire

¹¹²⁷ V. notamment en ce sens. L. AYNÈS, « À propos de la force obligatoire du contrat », RDC 2003, p. 323 ; L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011, préf. L. Aynès, n° 321, p. 199-200.

¹¹²⁸ P. LOKIEC, « le droit des contrats et la protection de attentes », Dalloz, 2007, p. 323.

¹¹²⁹ V. notamment en ce sens, L. ROZES, « Quelques remarques sur l'évolution du droit des contrats », in *Regards critiques sur quelques révolutions récentes du droit*, t. 1 : Bilans et t. 2 : Réformes-Révolutions, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2005 ; *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Journées Assoc. H. Capitant, Lille, 1996, LGDJ, 1997 ; G. CORNU, « L'évolution du droit des contrats en France », *Revue Internationale de droit comparé*, 1979 p. 447 et s. ; Ph. Le TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution du contrat », *Mélanges Raynaud*, 1985. 348 ; B. BERLIOZ-HOUIN et BERLIOZ, « Le droit des contrats face à l'évolution économique (Adaptation et discordances) », *Études R. Houin*, 1985 p. 3 et s. ; J. MESTRE, « L'évolution contemporaine du droit des contrats », *op. cit.*

posé à l'article 1103 dudit code. Toujours dans la même logique de considérer que la force obligatoire du contrat ne dépend pas de la seule volonté des parties, l'article 1194 du Code civil poursuit explicitement deux objectifs. Il s'agit, d'une part, de rappeler aux parties qu'elles sont tenues de respecter les obligations matérialisées dans le contrat. Et d'autre part, d'étendre le champ contractuel aux obligations non matérialisées pour expurger du contrat de toute source d'inégalité injustifiée. L'objectif est de bâtir des relations d'affaires respectueuses des intérêts en présence¹¹³⁰. Ainsi, afin de protéger les intérêts du cocontractant en position de dépendance ou de faiblesse dans les contrats d'affaires, à l'exemple du contrat de franchise qui laisse peu de marge de manœuvre pour négocier librement son contenu, il a fallu rendre plus contraignantes les prescriptions impératives ou supplétives posées par le principe de l'équité pour parvenir à un juste équilibre du contrat.

693. Le Doyen Pothier relevait déjà au XVIII^e siècle que « *les contrats intéressés de part et d'autre sont ceux qui se font pour l'intérêt et l'utilité réciproque de chacune des parties* »¹¹³¹. Et au Professeur J. Ghestin d'affirmer que c'est « *la recherche, par le droit positif, de l'utile et du juste, qui justifie la force obligatoire du contrat, et qui, du même coup, fixe les conditions et les limites, autrement dit le régime du contrat, dans son ensemble* »¹¹³². À notre sens, en permettant à la théorie « d'intérêts légitimes du contractant » de participer au renouvellement des réflexions sur le fondement de la force obligatoire du contrat, cela permet de concevoir le contrat sous l'angle de ses fonctions socio-économiques. C'est dire que, restreindre les obligations contractuelles du contrat à son seul contenu, de sorte que sa force obligatoire soit circonscrite à l'obligationnel, c'est réduire faussement le rôle du contrat qui est un instrument permettant de satisfaire des besoins concrets. À cet égard, renoncer à intégrer les impératifs de l'éthique, de l'utilité sociale et économique du contrat comme fondement de la force obligatoire du contrat, pour s'assurer de la satisfaction de l'intérêt général et de l'intérêt individuel des parties, priverait au contrat d'être un instrument qui comporte des buts d'utilité socio-économique. Ainsi présentée comme nouveau fondement de la force obligatoire du contrat, l'intérêt légitime du contractant, au nom d'une équité contractuelle, gagne également du terrain et se propage au sein du droit américain.

¹¹³⁰ C. BELLET, « Pour une franchise équitable », BMGB Avocats, 13 mars 2023. Consulté en ligne le 20/06/2023 : <https://bmgb-avocats.com/franchise-equitable/franchise-clauses-abusives-et-contrats-equitables-2965>

¹¹³¹ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations, Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle* par M. BUGNET, t. II, *Éloge de Pothier, Traité des obligations, De la prestation des fautes*, Paris, Videcoq père et fils, Cosse et N. Delamotte, 1848, Partie 1, chap. 1, Section I, art. II, n° 12, p. 11.

¹¹³² J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *op. cit.*, p. 3.

694. Le droit américain, qui porte un regard différent sur la volonté déclarée, notamment celle tournée vers les attentes raisonnables ou la confiance entre les parties à l'entente commerciale. La différence de culture juridique et de politique législative entre les pays de tradition civiliste et les pays de *common law* ne rend pas leur opposition radicale, interdisant la réception de tout concept juridique qui provient de l'autre¹¹³³. Le constat démontre aujourd'hui l'essor d'une équivalence de notions avec des concepts d'ordre moral de droit étranger qui imprègnent notamment le droit français des contrats. C'est le cas de la notion d'intérêts légitimes, fondement moral de la force obligatoire du contrat fortement ancré en droit américain parce qu'ils découlent de la croyance légitime suscitée par le cocontractant et du comportement de celui-ci qui doit agir sur la foi du contrat. Cette notion d'intérêts légitimes peut être rapprochée aux notions de *reasonable expectations* ou de *reliance*¹¹³⁴ issues de la *common law* et qui ont leurs équivalences dans certains systèmes juridiques civilistes¹¹³⁵. Traditionnellement, en droit américain, le critère d'intérêt ou de croyance légitime, représente une valeur vitale et morale du contrat, de sa formation jusqu'à sa résiliation c'est pourquoi il est désormais protégé par la théorie de l'*unconscionability*¹¹³⁶. En effet, le Professeur A. L. Goodhart déclarait que « *la base morale du contrat et que le promettant a, par sa promesse, créé une attente raisonnable qu'il soit tenu de respecté* »¹¹³⁷. Le Professeur Sir T. E. Holland appuiera sa position, affirmant que « *lorsque la loi fait respecter les contrats, elle le fait pour empêcher la déception d'attentes bien fondées qui, bien qu'elles résultent généralement d'expressions représentant véritablement l'intention, peuvent parfois se manifester d'autre manière* »¹¹³⁸.

695. En revanche, il faut souligner que, contrairement au droit français et au droit sénégalais où elle n'est pas textuellement reconnue, en droit américain des contrats, l'autre élément de taille qui vient soutenir la thèse des intérêts légitimes comme fondement de la force

¹¹³³ P. LOKIEC, « le droit des contrats et la protection de attentes », *op. cit.*, p. 324.

¹¹³⁴ La notion d'*expectations* signifie « l'espérance de profit qu'une partie compte tirer du contrat ». Quant à la notion de *reliance*, elle correspond « au comportement du créancier qui agit sur la foi du contrat ». V. en ce sens : W. R. PERDUE Jr., « The reliance interest on contract damages », *Yale Law Journal*, vol. 46, 1936-1937, p. 52 et s. ; H. MUIR-WATT, « Reliance et définition du contrat », in Dialogues avec M. JEANTIN, *Dalloz*, 1999, p. 57.

¹¹³⁵ *Ibid.*

¹¹³⁶ C'est une théorie nouvelle introduite par le droit américain qui se rapproche de la notion romano-germanique de lésion qui soutient qu'une partie au contrat ne peut subir un injustice qui découle, soit du fait qu'un contractant ne soit pas libre dans son engagement, soit d'une iniquité due à un déséquilibre flagrant qui lèse une partie au bénéfice de l'autre.

¹¹³⁷ A. L. GOODHART, *English Law and Moral Law*, Londres, Stevens and Sons, 1953, p. 10. " *The moral basis of contract is that the promisor has by his promise created a reasonable expectation that it will be kept.*"

¹¹³⁸ T. E. HOLLAND, *The Elements of Jurisprudence*, Oxford, The Clarendon Press, 12th ed., 1916, p. 262. " *when the law enforces contracts it does so to prevent disappointment of well-founded expectations, which, though they usually arise from expressions truly representing intention, yet may occasionally arise otherwise.*"

obligatoire du contrat, c'est la notion de *promissory estoppel*¹¹³⁹. Il est donc évident que, pour la doctrine américaine¹¹⁴⁰, le développement de la notion d'intérêts légitimes, *in fine*, de la confiance mutuelle entre parties au contrat, est l'un des facteurs les plus essentiels pour réussir à maintenir des relations d'affaires dès lors que « *sans valeurs partagées, pas de confiance ; pas de confiance, pas d'affaires* »¹¹⁴¹. Ainsi comprise, cette théorie d'intérêts légitimes des contractants semble s'être imposée au fil des années comme le centre de gravité des contrats d'affaires, eu égard à l'influence de leur coloration économique. Il est donc possible d'affirmer que c'est la satisfaction des intérêts des parties qui peut justifier la force obligatoire du contrat. Ce dernier est donc assis sur une *ratio legis* fonctionnelle, d'une part, de satisfaction des intérêts légitimes des parties, et d'autre part, d'organiser la vie sociale¹¹⁴². Ainsi, tout comme le droit français, le droit américain a aussi exploité la théorie de l'aptitude satisfaisante des intérêts particuliers de l'instrument contractuel.

696. Si toutefois la notion d'intérêts légitimes au contrat a aussi permis de renouveler les fondements de la force obligatoire du contrat dans les systèmes juridiques français et américain, il faut relever qu'en droit sénégalais, celui-ci semble toujours trouver son fondement justificatif, exclusivement dans la volonté déclarée au détriment de la volonté subjective des contractants.

B- Le constat de l'intégration implicite de l'intérêt légitime du contractant dans les contrats d'affaires sénégalais

697. La volonté des parties, fondement « *quasi intangible* » de la force obligatoire du contrat en droit sénégalais. À l'instar de l'esprit qui a marqué le Code civil de 1804, la vision qui a présidé la rédaction du COCC après les indépendances est celle de parties au contrat perçues comme libres et égales, en parfaite mesure de défendre leurs intérêts. Sur la base de cette approche, le droit positif sénégalais est particulièrement marqué par la prégnance de la force obligatoire du contrat qui a comme fondement principal la volonté autonome des parties. Ce postulat ressort même dans la définition lacunaire de la notion de contrat donnée par le

¹¹³⁹ V. *supra.*, n° 275 et s.

¹¹⁴⁰ C. BLACK, A. AKINTOYE, E. FITZGERALD, "An analysis of success factors and benefits of partnering in construction", International Journal of Project Management, 2000.vol.18(6), p.423etseq. ; S. P. WONG, S. O. CHEUNG, "Trust in construction partnering: the views from parties of the partnering dance", International Journal of Project Management. 2004. Vol.22 (6),p.437 et seq.

¹¹⁴¹ F. FUKUYAMA, « *Trust : The Social Virtues and the Creation of Prosperity* », New-York, Free Press, 1995.

¹¹⁴² H. JUILLET-RGIS, *La force obligatoire du contrat. Réflexion sur l'intérêt au contrat*, Thèse Droit, Paris II, p. 64 et s.

législateur sénégalais à travers l'article 40, alinéa 1^{er} du COCC qui dispose que : « *le contrat est un accord de volonté créateur d'obligations* ». Il n'a pas été envisagé, dans sa définition, la possibilité qu'un contrat puisse être un accord de volonté destiné à modifier ou éteindre des obligations. Ce qui fait qu'elle est en totale rupture avec la définition applicable en droit français, à travers le nouvel article 1101 du Code civil issu de la réforme. Ainsi, l'engagement à contracter serait non seulement l'unique source du contrat, mais également l'unique mesure du contenu du contrat, si l'on s'en tient à la lettre des dispositions du COCC. C'est pourquoi, même si le COCC est également empreint dans son esprit d'une approche socialiste du droit des contrats¹¹⁴³, il ne prend pas expressément en compte le phénomène de la puissance économique et de la fiction d'égalité entre parties dans les contrats d'affaires. À travers ce postulat, le législateur sénégalais manifeste la volonté de mettre en avant la liberté et l'égalité des contractants, lesquelles ont comme seul fondement l'autonomie de la volonté. À notre sens, cela constitue un obstacle à l'intégration dans l'analyse juridique du contrat, du phénomène des déséquilibres économiques, de la correction des inégalités contractuelles, et par conséquent, de façon rédhibitoire, de l'intérêt légitime des contractants. En effet, au regard de l'article 96 du COCC qui dispose que « *le contrat légalement formé crée entre les parties un lien irrévocable* », il ressort de celui-ci que la force obligatoire du contrat découle du contrat légalement formé, lequel est l'œuvre d'une volonté valablement exprimée par le biais du consentement¹¹⁴⁴.

698. Nous pensons que cette perception découle sans doute du fait que l'influence des facteurs économiques sur les fondements de la force obligatoire du contrat était sous-estimée par les rédacteurs du COCC. En effet, la société sénégalaise n'était pas à l'époque de la rédaction du COCC, confrontée par le développement des échanges commerciaux et du capitalisme industriel qui ont bouleversé la conception classique du droit des contrats gouvernée par des principes très rigides, fondés sur la souveraineté de la volonté humaine. À notre sens, ce choix formellement établi par législateur sénégalais dans le COCC a pour but d'offrir une liberté optimale aux contractants, qui à travers la volonté exprimée de s'engager, ne feront que subir les contraintes des obligations qu'ils se sont eux-mêmes imposées¹¹⁴⁵. Ainsi,

¹¹⁴³ P. BOUREL, « La formation du contrat en droit sénégalais : réflexion sur la modernité du code des obligations civiles et commerciales », *Revue sénégalaise de droit*, vol. 3, 1969, p. 45 ; M. AURILIAC, « Les aspects juridiques du socialisme sénégalaise. Théorie et pratique du socialisme africain au Sénégal », *Revue Annales africaines*, 1963, p. 95 et s.

¹¹⁴⁴ Art. 58 du COCC. « *Il n'y a point de contrat sans consentement émanant de l'une et de l'autre partie* ».

¹¹⁴⁵ C. BRIEND, *Le contrat d'adhésion entre professionnels*, Thèse Droit, Université Sorbonne Paris Cité, 2015, p. 29.

en droit sénégalais des contrats, il faut donc constater que la satisfaction de la volonté exprimée par les parties au contrat doit être l'idéal poursuivi par le droit. C'est ce qui justifie l'exclusion de toute intervention du juge dans le contrat en cas de nouvelles circonstances venant perturbées son contenu, comme cela s'est produit en droit français, par exemple dans le célèbre arrêt canal de Craponne, où le juge a affirmé : « *que, dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître leur décision de prendre en considération les circonstances du contrat* »¹¹⁴⁶. À l'analyse, l'objectif premier, en ne permettant pas au juge de détourner la finalité première de la force obligatoire du contrat, est de s'assurer que l'expression de la volonté de s'engager n'a pas été une résignation, source de comportements opportunistes¹¹⁴⁷.

699. Toutefois, même s'il est difficile de remettre profondément en cause la rigidité de la force obligatoire du contrat en droit sénégalais, on observe une tendance à sa modération, non pas venant du juge qui devrait également jouer ce rôle, mais en particulier dans les contrats d'affaires avec l'émergence des lois communautaires supranationales, notamment celles régies par le droit OHADA. Ce dernier tente de répondre favorablement aux attentes des acteurs économiques de son espace afin de leur offrir un équilibre entre les principes directeurs et l'efficacité économique des relations contractuelles.

700. L'affaiblissement du fondement de la force obligatoire du contrat par les exigences contemporaines du droit des contrats d'affaires. Il semble possible de soutenir une déconstruction du dogme de l'autonomie de la volonté en droit sénégalais. Elle apparaît implicitement dans les dispositions du COCC et des Actes uniformes du droit OHADA. Sous l'influence des transformations socio-économiques, l'ouverture contemporaine du droit des contrats d'affaires sur certaines valeurs, notamment de collaboration¹¹⁴⁸, d'altruisme, de solidarité a provoqué la moralisation du marché des affaires par la prise en compte d'autres sources du fondement de la force obligatoire du contrat. Ce postulat apparaît implicitement à travers l'article 103 du COCC qui 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 donnent à l'obligation d'après sa nature* ». À titre d'illustration, cette disposition pourrait, en pratique, au titre de la

¹¹⁴⁶ Cass. civ., 6 mars 1876, D.1876, I.p.193, note E. Giboulot in *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, par F. Terré et Y. Lequette, 12^{ème} éd., Dalloz, 2008, n° 165, p.183, Cass. civ., 6 juin 1921, DP, 1921, I, 73 ; Cass. com., 3 octobre 2006, n° 04-13.214, RTD civ., 2007, 340, note J. Mestre ; D, 2007, 765, note D. Mazeaud.

¹¹⁴⁷ C. BRIEND, *Le contrat d'adhésion entre professionnels*, op. cit., p. 30.

¹¹⁴⁸ Parmi les obligations implicites dévoilées par la doctrine y figurent l'obligation de collaboration, et comme corollaire l'obligation d'entraide à l'exécution du contrat. V. M. KASSE, P. JULIEN, C. LESTOURNELLE, *Droit africain et sciences politiques*, EDJA, 2018, n° 118, p. 12.

bonne foi, servir de fondement pour interdire à un franchiseur, l'installation d'un voisin concurrent dans la zone de chalandise du franchisé, ou mettre à la charge de ce dernier dans la phase de négociation, l'obligation de négocier loyalement même s'il n'est tenu d'aucune obligation de poursuivre les négociations.

Tout comme l'article 1194 du Code civil français, l'article 103 du COCC qui peut servir de fondement au juge sénégalais, vient implicitement atténuer le principe de la force obligatoire du contrat et poursuit également à travers la notion d'équité et de bonne foi, l'objectif d'expurger du contrat toute inégalité pour un rapport respectueux des intérêts légitimes. Le Professeur P. S. A. Badji ne pensait pas si bien dire lorsqu'il faisait remarquer que « *le solidarisme contractuel, pétri d'altruisme, de confiance, de loyauté et de fraternité apporte les correctifs nécessaires pour enrayer de telles dérives, car au-delà de la simple obligation passive de ne pas rendre l'exécution du contrat difficile ou impossible par le contractant, il fait peser sur chacun l'obligation positive de collaborer à la réalisation de l'objet du contrat* »¹¹⁴⁹. À ce titre, ce besoin de prendre en considération l'intérêt légitime de son cocontractant se manifeste également à travers la recherche d'un équilibre informationnel qui ne cesse de s'accroître en droit sénégalais des contrats¹¹⁵⁰.

701. Cependant, notons que cette position d'affirmation de la toute puissante volonté par le droit interne sénégalais des contrats est aujourd'hui discutable. Nous pensons qu'il est nécessaire pour le droit positif sénégalais de s'aligner avec les évolutions contemporaines du droit des contrats afin de prendre en compte la réalité des inégalités sociales et économiques qui marquent les relations d'affaires, telles que les contrats de franchise, de distribution ou de concession. Ce travail a été amorcé par les lois spéciales supranationales, notamment dans les contrats de vente commerciale et de transport de marchandises, régis par les Actes uniformes du droit OHADA, le droit des assurances du Code CIMA, le droit UEMO. Toutefois, il devrait être élargi dans le droit commun des contrats régis par le COCC dans l'attente interminable de l'adoption d'un Acte uniforme OHADA relatif au droit des contrats toujours en cours de projet.

702. Le recul notable de la rigidité du fondement de la force obligatoire des contrats d'affaires : l'exemple du droit OHADA. Le Sénégal est membre de l'OHADA et est très attaché à la primauté des Actes uniformes issus de cette organisation, dont certains sont

¹¹⁴⁹ P. S. A. BADJI, « La stabilité du droit contractuel civil et commercial sénégalais : une analyse à la lumière du droit français », PUAM, p. 349.

¹¹⁵⁰ V. *supra*, n° 190 et s ; Adde A. Y. SARR, *L'obligation d'information en droit privé sénégalais des contrats*, op. cit., p. 36 et 37.

aujourd'hui marqués, dans un souci d'attractivité et d'efficacité, par la moralisation du marché des affaires qui passe notamment par le biais de l'affaiblissement de la force obligatoire du contrat¹¹⁵¹. Dans les Actes uniformes OHADA relatifs au droit commercial général et au droit des contrats de transport, la règle morale de prise en compte de l'intérêt légitime de son cocontractant sert de fondement à plusieurs règles juridiques. Ainsi, sous l'influence des outils internationaux de droit uniforme, à l'instar de la CVIM et des Principes Unidroit, mais également de certains systèmes juridiques, comme la France et le droit américain, le législateur OHADA a suivi le mouvement de redéfinition des principes contractuels¹¹⁵². Il a consacré dans son droit substantiel des pouvoirs unilatéraux et des règles éthiques qui ont affaibli l'effet contraignant de la relation contractuelle qui découle de la volonté autonome.

Cette démarche apparaît à travers les Actes uniformes dont la rédaction a largement été faite en référence de la CVIM, des Principes du droit européen du contrat (PECL) et des Principes d'Unidroit sur la vente commerciale¹¹⁵³. Ainsi, à titre d'exemple, dans la vente commerciale qui n'est pas une œuvre de charité dans la mesure où aucun des contractants ne voudra s'engager sur une obligation contractuelle qui n'est pas conforme à ses intérêts, l'intérêt légitime du vendeur à vouloir contracter repose sur l'attente de pouvoir profiter du prix de la vente qui doit être juste. Ce même raisonnement peut être reproduit dans les contrats de transport de marchandises par route, car, en contractant, chaque partie au contrat espère tirer de son engagement au titre de leurs attentes économiques légitimes une contrepartie économique¹¹⁵⁴, ou contribuer à l'économie. Donc à l'instar du droit américain avec la théorie de l'*unconscionability*, nous pensons que la lésion devrait être admise lorsque le déséquilibre apparaît comme flagrant, faisant subir à une partie l'injustice parce que ses attentes légitimes n'ont pas été satisfaites. Voyons maintenant le rôle de l'équité comme instrument de contrôle des prérogatives contractuelles.

¹¹⁵¹ M. CYRILLE, « Réflexion sur le fondement de l'affaiblissement de la force obligatoire du contrat en droit OHADA », in *Revue de droit uniforme*, 2019, n° 3, p. 592.

¹¹⁵² H. LECUYER, « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », *LPA*, 6 mai 1998, p. 44.

¹¹⁵³ M. CYRILLE, « Réflexion sur le fondement de l'affaiblissement de la force obligatoire du contrat en droit OHADA », *op. cit.*, p. 580.

¹¹⁵⁴ En droit international et en droit communautaire, la référence à la notion d'attentes légitimes renvoie à un but purement économique. V. Acte de colloque sur « La protection des attentes légitimes en droit international, droits européens et droit public interne », Université le Mans, le 10 avril 2018.

Sous-section 2 : La volonté partagée de contrôle de l'équité dans l'ordre juridique contractuel

703. L'impact de l'intégration de l'équité dans le mouvement de renouvellement des fondements de la force obligatoire du contrat. Les excès manifestes¹¹⁵⁵ de la présentation doctrinale de l'autonomie de la volonté, obstacles à la satisfaction des besoins socio-économiques, justifient aujourd'hui son déclin. En effet, un certain nombre de prérogatives unilatérales ont été consacrées afin d'assurer l'équité. L'objectif de ces pouvoirs unilatéraux légaux est de ne pas enfermer le contrat dans une conception erronée de la puissance de la volonté commune pour faire et défaire le lien obligationnel. Ainsi, l'équité qui se manifeste notamment à travers le concept d'attentes légitimes du contractant est une alternative qui évite de fonder la force obligatoire du contrat sur des considérations centrées sur les perceptions classiques de l'autonomie de la volonté.

704. Plan. Cette déclinaison qui invite à renouveler la conception volontariste du contrat est un élément déclencheur de la montée en puissance du contrôle unilatéral de l'équité dans l'aménagement contractuel (A) et dans l'exécution contractuelle (B).

A- Le contrôle unilatéral de l'équité dans l'aménagement contractuel

705. Le dépassement de la fiction de contractants « libres et égaux » dans les contrats d'affaires. Traditionnellement, comme nous l'avons relevé précédemment, en droit français, en droit sénégalais et en droit américain¹¹⁵⁶, la volonté des parties est placée au centre du lien contractuel, de sa formation jusqu'à son dénouement. En conséquence, il est couramment admis qu'une modification du contenu du contrat ne peut découler que d'un accord mutuel. En effet, selon le principe du *mutus dissensus*, « ce que la volonté commune a fait, seule la volonté commune peut le défaire ». À notre sens, ce serait une imprudence de laisser sous couvert des principes fictifs de contractants « libres et égaux », le sort des attentes légitimes des contractants dans les relations d'affaires. En effet, comme le souligne le Professeur V. Ranouil, « *la justice ne procède pas malheureusement du contrat, car les contractants ne sont ni libres ni égaux : leur égalité nominale dissimule leur inégalité réelle. Il arrive souvent que les obligations ne soient pas librement consenties, mais imposées par le plus fort au plus* ».

¹¹⁵⁵ F. CHENEDE, « De l'autonomie de la volonté à justice commutative du mythe à la réalité », Droit et philosophie, Villey, 2012, n° 4, p. 161.

¹¹⁵⁶ En droit américain, cette place est partagée avec la notion de *consideration*.

faible »¹¹⁵⁷. À l'analyse, l'égalité contractuelle n'est qu'un leurre¹¹⁵⁸ et le mythe juridique du contrat égalitaire est aujourd'hui révolu¹¹⁵⁹. Par conséquent, la théorie de l'autonomie de la volonté qui est appréhendée comme l'unique fondement de la force obligatoire du contrat, repose sur une certitude imaginaire d'égalité¹¹⁶⁰. Sur la base de ces observations, il est donc possible de soutenir que l'émergence de l'unilatéralisme dans les relations contractuelles est au service de la garantie de « l'utile et du juste » du contrat.

706. L'émergence de l'unilatéralisme correctif dans les relations contractuelles : une recherche de souplesse et d'efficacité. La rigidité du contrat n'est pas toujours à l'avantage de l'atteinte des buts envisagés par les parties. Cela nécessite donc une certaine souplesse et une moralisation des contrats d'affaires. Ainsi, en raison de l'impact qu'il a eu sur le renouvellement des fondements du contrat et de la conception classique de la théorie générale du contrat, le phénomène de l'unilatéralisme en matière contractuelle qui a fait l'objet de plusieurs travaux¹¹⁶¹ n'a pas manqué d'interpeller le droit français, le droit sénégalais et le droit américain. Entendu comme « *l'aptitude d'une personne à créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté* »¹¹⁶², l'unilatéralisme est un phénomène omniprésent dans la matière contractuelle. Sans prétendre à l'exhaustivité, parmi les prérogatives unilatérales et correctrices à travers lesquelles l'accroissement de l'équité est recherché, c'est le pouvoir de réduction unilatérale du prix qui retiendra notre attention.

707. La consécration légale du pouvoir de réduction unilatéral du prix en droit français. Le pouvoir unilatéral de réduction du prix occupe une place non négligeable dans le cadre des relations d'affaires, marquées par une forte promotion de l'éthique. Très utilisée par les praticiens par l'inclusion d'une clause, notamment dans les contrats de distribution, ou de sous-traitance, la réduction unilatérale du prix est un outil au service du renforcement de

¹¹⁵⁷ V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, op. cit., p. 133. Il ne faut pas confondre l'égalité juridique des individus avec l'égalité factuelle, qui est un élément abstrait difficile à déterminer. Le plus souvent dans les contrats d'affaires, à l'exemple des contrats de franchise, de concession, de sous-traitance, les contractants ne possèdent pas les mêmes pouvoirs de négociation.

¹¹⁵⁸ D. MAZEAUD, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in L. Grynbaum, M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, pp. 57-59.

¹¹⁵⁹ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur la transformation du droit privé des rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 2004, p. 25.

¹¹⁶⁰ B. LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, op. cit., p. 36.

¹¹⁶¹ V. LÊ COMBY, *L'unilatéralisme et le droit des contrats*, Thèse Droit, Paris-Sud, 2009 ; C. DELOBEL, *L'unilatéralisme en droit des contrats : Essai de rationalisation*, Thèse Droit, Nice, 2011 ; P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préf. S. Chassagnard-Pinet, Mare & Martin, 2014 ; Th. REVET, « Réflexion sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 887 et s.

¹¹⁶² L. AYNÈS, « Rapport introductif », in C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 3.

l'équilibre contractuel. Cette tendance se conjugue désormais avec le droit commun des contrats qui est venu offrir un cadre clair à ce mécanisme. Le pouvoir unilatéral de réduction du prix a été consacré à travers les nouveaux articles 1217 et 1223 du Code civil issus de la réforme de 2016 et de la loi de ratification de 2018. Selon le premier alinéa de l'article 1123 du Code civil : *« en cas d'inexécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'un réduire de manière proportionnelle le prix (...) »*. En analysant le fond de cette disposition, nous pouvons constater que, suivant une moralité contractuelle traditionnelle qui a toujours été incorporée dans le Code civil, si les inexécutions imparfaites des obligations contractuelles donnent droit à réduire unilatéralement le prix, c'est parce qu'elles sont des défauts devant le droit et la morale. Dans un important arrêt rendu le 18 décembre 2024 sur une affaire qui portait sur un contrat de distribution d'eau potable impacté par la sécheresse exceptionnelle à Mayotte, la Cour de cassation s'est prononcée sur l'interprétation à donner à certaines dispositions issues de la réforme. La Haute juridiction, fondée sur l'article 1123 du Code civil, précise que le créancier a la possibilité, en cas d'exécution imparfaite, d'obtenir une réduction du prix, même s'il n'a pas encore payé la totalité du prix¹¹⁶³.

Cette déjudiciarisation du pouvoir de réduction unilatérale du prix met en évidence une rupture forte du droit français des contrats avec son esprit d'origine. Il permet donc de transférer cette faculté au créancier et constitue une innovation majeure *« qui permet de procéder à une révision du contrat à hauteur de ce à quoi il a réellement été exécuté en lieu et place de ce qui était contractuellement prévu »*, comme le souligne le rapport du président de la République. Donc, à s'en tenir à la lettre de l'article 1223 du Code civil, il serait désormais possible, par exemple dans les contrats de franchise, incidemment, de réduire les redevances périodiques dues par le franchisé en cas d'exécution imparfaite des services que le franchiseur doit fournir après ouverture de la franchise (formation continue, services juridiques, assistance technico-commerciale, etc.). Dans les contrats de sous-traitance portant majoritairement sur une obligation de résultat, le promoteur aurait également la possibilité de réduire la rémunération lorsque le service rendu est de moindre qualité que celle d'usage du secteur d'activité concerné¹¹⁶⁴.

¹¹⁶³ Cass. com., 18 décembre 2024, n° 24-14.750.

¹¹⁶⁴ V. en ce sens, M. FAURE-ABBAD, « Les incidences de la réforme sur les effets des contrats de construction : questions choisies », in L. ANDREU, M. MIGNOT (dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut universitaire Varenne, 2017, p. 181.

708. Cependant, sans qu'il y ait besoin de le soumettre à la détermination d'un niveau de gravité de l'exécution imparfaite¹¹⁶⁵ de la prestation, la mise en œuvre de ce pouvoir unilatéral de réduction unilatérale du prix nécessite au préalable d'émettre un jugement de valeur sur le comportement du débiteur dans l'optique de voir si l'exécution du contrat est conforme aux prévisions des parties au contrat¹¹⁶⁶. Par conséquent, dans une logique de moralité contractuelle, le déséquilibre économique issu de la défaillance du débiteur de l'obligation inexécutée ne peut être imputé au créancier de l'obligation.

709. Le développement discret du mécanisme de réduction unilatérale du prix du contrat en droit positif sénégalais. Contrairement à son homologue français, le législateur sénégalais n'admet pas dans le COCC le pouvoir de réduction unilatérale du prix pour une exécution imparfaite du contrat. Au regard des dispositions de l'article 105 du COCC¹¹⁶⁷, seul le juge a le pouvoir de mettre en œuvre ce mécanisme. L'analyse de cette disposition permet de relever à travers la notion de « *réduction de ses propres obligations* », la possibilité pour l'une des parties lésées de demander la réduction judiciaire du prix, contrepartie financière qui est une obligation contractuelle. Par ailleurs, la convergence des législations françaises et sénégalaises est établie par le droit communautaire OHADA qui comble ce vide juridique en consacrant dans certains de ces Actes uniformes le pouvoir de réduction unilatérale du prix. C'est notamment le cas de l'Acte uniforme sur le droit commercial général révisé (AUDCG) qui dispose à l'article 288 que : « *en cas de défaut de conformité des marchandises, que le prix ait été ou non déjà payé, l'acheteur peut réduire le prix du montant de la différence entre la*

¹¹⁶⁵ L'inexécution imparfaite est considérée comme le comportement du débiteur de l'obligation, une atteinte minime du contenu du contrat, ou une exécution incomplète qui n'ôte pas la pleine utilité du contrat. Selon M. Thomas Genicon, l'exécution imparfaite peut être définie comme « *une utilité certes moindre que celle qui était entendue ou mérité (...) mais tout de même assez satisfaisante pour considérer qu'il est préférable que le contrat ait été conclu plutôt que non* ». Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, LGDJ, Coll. biblio. de droit privé, 2007, n° 439, p. 317. Cependant, la notion d'exécution imparfaite soulève une difficulté ; celle de savoir quel degré d'imperfection justifierait la mise en œuvre de la règle de réduction unilatérale du prix. Même minime est-ce-que cela justifierait son application ? La réponse théorique apportée à cette question abonde dans le sens positif. En effet, pour certains auteurs, du moment où le créancier de l'obligation n'a pas obtenu la prestation pour laquelle il s'était engagé, cela justifie la correction du contenu du contrat dans l'optique de rétablir le déséquilibre économique. V. en ce sens, MM. O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER qui relèvent qu'« *en dehors de ces deux extrêmes que sont l'exécution parfaite d'un côté et l'absence totale d'exécution de l'autre, aucune limite n'est fixée par le texte. En d'autres termes, la loi n'impose pas un degré minimal de gravité de l'inexécution. Toute exécution "imparfaite" de la prestation, même minime, peut faire l'objet d'une réduction du prix* » ; F. CHENEDE, « La réduction du prix », RDC 2017, n° 3, p. 571 selon l'auteur : « *toute inexécution, même modeste, pourra justifier la réduction, alors minime, du prix* ».

¹¹⁶⁶ V. sur ce point, Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale », *Dr. et patr.*, avril 2004, n° 126.

¹¹⁶⁷ Il dispose que pour les contrats synallagmatiques, « *lorsque l'une des parties manque gravement à ses obligations en refusant de les exécuter, en tout ou partie, l'autre peut, en dehors des dommages et intérêts qui lui sont dus, demander en justice soit l'exécution forcée, soit la réduction de ses propres obligations, soit la résolution du contrat, soit sa résiliation* ».

valeur que des marchandises conformes auraient eue au moment de la livraison et la valeur que les marchandises effectivement livrées avaient à ce moment ». En revanche, il faut à ce niveau constater une différence des conditions de mise en œuvre de la réduction unilatérale du prix entre cette disposition et l'article 1223 du Code civil. En effet, en droit français, la décision de réduire le prix ne peut intervenir que lorsque le débiteur « *n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation* ». Lorsque le prix est déjà payé, seul le juge peut intervenir et la voie conventionnelle n'est pas prévue par le texte. En revanche, en matière de vente commerciale du droit OHADA, le paiement du prix des marchandises n'empêche pas l'acheteur de procéder à sa réduction en cas de défaut de conformité. Seulement dans cette hypothèse, en cas de paiement du prix, la réduction du prix ne peut être que conventionnelle ou judiciaire, prenant la forme, non pas d'une *réduction-rétention*, mais d'une *réduction-restitution*.

Même s'il faut se soumettre aux conditions¹¹⁶⁸ posées pour sa validité, le mécanisme de réduction unilatérale du prix en droit OHADA est mis en œuvre, tout comme en droit français sans l'intervention du juge. Ainsi, même si le mécanisme n'est pas généralisé, l'analyse des dispositions permet de constater que le droit positif sénégalais, à travers, notamment l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route (AUCTMR)¹¹⁶⁹ et l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG), ne s'écarte pas de la logique d'arrimage du contrat d'affaires aux attentes légitimes des parties au contrat et aux exigences socio-économiques, laquelle irrigue la théorie du contrat.

710. La correction par anticipation de la proportionnalité des obligations contractuelles en droit américain : la clause de *liquidated damages*. Contrairement au droit français et sénégalais qui ont historiquement mis l'accent sur le rôle central du juge dans la résolution des litiges contractuels, le droit américain a toujours considéré les « *self-help remedies* » comme l'outil de choix pour corriger le contenu du contrat. En droit américain, le pouvoir de correction du contrat déséquilibré est incarné par une prévision contractuelle, dite clause de *liquidated damages*. Il existe donc une différence d'utilisation du mécanisme dans les différentes législations. Il faut relever qu'en droit français et en droit sénégalais, le remède de rééquilibrage du contrat par le mécanisme de la réduction du prix est une prérogative unilatérale qui est mise en œuvre conformément aux dispositions de l'article 1223 du Code civil et de

¹¹⁶⁸ Les conditions cumulatives posées par l'AUDCG sont au nombre de deux : la réduction du prix n'est possible que lorsque le défaut de conformité est partiel, dont pas total ; et l'acheteur ne peut mettre en œuvre le mécanisme que s'il dénonce les défauts de la marchandise dans les délais prescrits.

¹¹⁶⁹ V. article 12 al. 4 de l'AUCTMR. Pour cette disposition, si l'exécution du contrat de transport requiert des moyens supplémentaire, le transporteur est en droit d'imputer les frais supplémentaires sur le prix initialement convenu entre les parties.

l'article 288 de l'AUDCG *a posteriori* de la conclusion du contrat. Alors qu'en droit américain, le mécanisme découle des prévisions contractuelles. Cette prérogative accordée aux parties est mentionnée à l'article 2-718 (1) du *Uniform Commercial Code (UCC)* dispose que : « *les dommages-intérêts pour violation par l'une ou l'autre des parties peuvent être liquidés dans le contrat, mais uniquement à un montant raisonnable compte tenu du préjudice anticipé ou réel causé par la violation, des difficultés de preuve de perte, et les inconvénients ou l'impossibilité d'obtenir autrement un recours adéquat. Une clause fixant des dommages-intérêts liquidés déraisonnablement élevés est nulle comme pénalité* »¹¹⁷⁰. Ainsi, la correction du déséquilibre contractuel qui pourrait naître d'un éventuel préjudice, lequel pourrait découler d'une exécution imparfaite du contrat, se réalise sous forme d'estimation *a priori* du montant compensatoire du préjudice anticipé, tout en veillant à ce que le montant soit déterminé de façon raisonnable.

Cependant, nous pensons que c'est un mécanisme de correction du contrat qui semble risqué dans la mesure où la validité de la clause dépendra de la proportionnalité de la somme stipulée avec le préjudice réel ou anticipé. En effet, la *New York State Law Revision Commission* souligne que « la clause ne sera pas valide si la somme stipulée est disproportionnée par rapport au préjudice réel ou anticipé ». Mais les tribunaux ont apporté une précision en soulignant dans certaines affaires que : « *l'inadéquation exacte entre le préjudice subi et le préjudice estimé n'emporte pas une invalidité de la clause, à moins que la disproportion soit manifestement déraisonnable* »¹¹⁷¹. Nous pensons que, même si le pouvoir de réduction unilatérale du prix et les *liquidated damages* sont deux mécanismes qui se distinguent par leur mode d'application, l'un *a posteriori* et l'autre *a priori*, ils semblent avoir les mêmes finalités fonctionnelles : être les reflets des préoccupations économiques et des attentes légitimes des parties au contrat.

711. En somme, ce pouvoir qui est accordé aux juges américains correspond à la définition doctrinale de la lésion en droit français¹¹⁷². Il faut, après avoir cerné le contrôle de l'unilatéralisme dans l'aménagement contractuel, s'intéresser à l'utilisation de ce mécanisme dans l'exécution contractuelle.

¹¹⁷⁰UCC § 2-718(1) Cette section établit trois critères pour déterminer si une clause particulière est exécutoire en tant que clause de dommages-intérêts liquidés ou nulle en tant que sanction : la somme stipulée doit être jugée à la lumière (1) du préjudice prévu ou réel causé par le manquement, (2) les difficultés de preuve de perte et (3) l'inconvénient ou l'impossibilité d'obtenir autrement un recours adéquat en justice.

¹¹⁷¹V. not. : *Clydebank Engineering and Shipbuilding Co v. Yzquierdo-y-Castaneda, Don Jose Ramos* (1905) AC 6 ; *Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. New Garage and Motor Co* (1915) AC 79.

¹¹⁷² D. MAZEAUD, « La lésion », Jurisclasseur Dalloz, mars 2012.

B- Le contrôle unilatéral de l'équité dans l'exécution contractuelle

712. L'évolution de l'orientation traditionnelle du droit de résolution unilatérale du contrat en droit français. Le doyen G. Ripert soulignait déjà qu'il est « *immoral qu'un contractant put exiger l'accomplissement de la promesse d'autrui lorsqu'il ne voulait ou ne pouvait pas tenir la tienne* »¹¹⁷³. Avant l'ordonnance du 10 février 2016, légalement, le juge était l'acteur principal dans les cas de résolution du contrat. Son intervention était perçue, non pas comme une fin en soi de satisfaction de l'application de la règle de droit, mais plutôt comme un moyen servant à protéger les droits et intérêts des parties au contrat¹¹⁷⁴. Face à l'évolution de la théorie du contrat qui ne s'accordait plus avec la pratique contractuelle, l'ancien article 1184¹¹⁷⁵ dudit code ne pouvait continuer à rester intangible. La jurisprudence et le législateur français ont suivi ses évolutions en admettant le pouvoir de résolution unilatérale du contrat¹¹⁷⁶. Même si le principe qui est affirmé à l'article 1193 du Code civil est celui du bilatéralisme, il faut admettre que, lorsque le contrat légalement formé échoue à sa finalité satisfaisante de l'intérêt socio-économique en général, et de l'intérêt des parties au contrat en particulier, en raison notamment d'un manquement grave du débiteur¹¹⁷⁷, les exigences morales du droit des obligations justifient son anéantissement par le créancier de l'obligation. En effet, l'heure est à la légitimité morale de ce qui oblige les parties, ainsi qu'à l'efficacité économique des relations d'affaires. Il faut éviter aux parties au contrat, en vertu des principes de l'intangibilité du contrat et de la force obligation, de rester maintenu dans une relation d'affaires vidée de toute son utilité. Ce qu'affirme le Professeur Génicon lorsqu'il a tenté de démontrer les limites de l'exception d'inexécution. Pour l'auteur il peut être important pour le contractant « *de prendre au plus vite certaines mesures qui ne sont pas compatibles avec un maintien du*

¹¹⁷³ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations*, op. cit.

¹¹⁷⁴ H. SAIDANI, *La rupture du contrat*, Thèse Droit, Université de Toulouse, 2016, p. 8.

¹¹⁷⁵ En vertu de l'article de l'ancien article 1184 du Code civil, en droit français le principe de séparation contractuelle était celui de la résolution judiciaire. Il était stipulé que : « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. Les parties envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice (...)* ». Ce monopole de l'intervention du juge dans la résolution du contrat a été mise en lumière par la doctrine française. V. notamment, J. MESTRE, « *Observation sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat* », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, Aix-en Provence, 1993, p. 99 et s.

¹¹⁷⁶ Selon la définition fournie par G. CORNU dans le Vocabulaire juridique, la résolution du contrat est « *l'anéantissement rétroactif d'un contrat synallagmatique qui, fondé sur l'interdépendance des obligations résultant de ce type de contrat. Elle consiste à libérer une partie de son obligation, lorsque l'obligation de l'autre ne peut pas être exécutée, soit du fait de la faute de celle-ci, soit du fait d'une condition étrangère* ».

¹¹⁷⁷ Le nouvel article 1124 du Code civil énumère les différents modes de résolution. Il dispose que *la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice* ».

contrat, et notamment conclure immédiatement un nouveau contrat avec un tiers (...). Mais précisément, est-on tenté d'ajouter, les hypothèses dans lesquelles il est nécessaire pour le créancier d'aller au-delà d'une simple mesure conservatoire ne correspondent-elles pas justement aux cas dans lesquels le droit français admet depuis toujours, à titre exceptionnel, la résolution unilatérale ? »¹¹⁷⁸. Ces vœux sont aujourd'hui exaucés par la consécration du mécanisme de résolution unilatérale du contrat.

713. Désormais en vertu des dispositions de l'article 1226 du Code civil « *le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable* ». Cet article est la consécration de la jurisprudence de la Cour de cassation qui a très tôt reconnu pour la première fois et de façon explicite dans son célèbre arrêt *TOCQUEVILLE* du 13 octobre 1998 le pouvoir de résolution unilatérale du contrat¹¹⁷⁹. De la sorte, la consécration du pouvoir de résolution unilatérale vient concurrencer la résolution judiciaire du contrat¹¹⁸⁰. À titre d'exemple, le secteur de la distribution qui faisait fréquemment recours à la clause de résolution dans laquelle les causes de rupture du contrat sont précisées, à l'exemple d'un chiffre d'affaires non réalisé, un quota de vente non atteint, une faillite, un cas de force majeure, une transformation juridique de l'entreprise du distributeur (fusion-acquisition, cession d'actifs, etc.) bénéficie aujourd'hui d'une base légale. Dans une affaire récente rendue le 17 janvier 2024, la chambre commerciale de la Cour de cassation, en application de l'article 1226 du Code civil, applicable aussi aux contrats d'affaires, avec un assouplissement jurisprudentiel, précise que « même en l'absence d'une clause résolutoire, la rupture unilatérale peut être mise en œuvre par voie de notification »¹¹⁸¹. Elle apporte également une précision de taille dans son arrêt rendu le 26 février 2025. Sur le fondement de l'équité, la Cour de cassation soutient que, lorsque la force majeure empêche l'exécution de son obligation par le débiteur, la résolution de plein droit du contrat emporte la restitution de l'intégralité de

¹¹⁷⁸ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, t. 484, préf. L. LEVENEUR, n° 579.

¹¹⁷⁹ Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, n° 96-21.485, *Bull. civ. I*, n° 300, *RTD civ.* 1998, p. 506, obs J. RAYNARD., *D.* 1999, jur., p. 197, note Ch. JAMIN., *D.* 1999, somm., p. 115, obs, Ph. DELEBECQUE., *Defrénois* 1999, p. 374, note, D. MAZEAUD., *RTD civ.* 1999, p. 394, obs. J. MESTRE. Dans un arrêt de rejet, la première chambre civile retient que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls (...) ».

¹¹⁸⁰ Rappr. : Ch. JAMIN, « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? Rapport français », in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.) *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2001, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, t. 32, n° 16, spéc. p. 482. *Adde*, dans le même sens : Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, LexisNexis, 2012, 12^{ème} éd., n° 424, p. 326 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, Paris, 2022, 12^{ème} éd., n° 301, p. 237.

¹¹⁸¹ Cass. com., 17 janvier 2024, n° 22-20785 F-B.

ce que chacune des parties a perçu de l'autre¹¹⁸². À notre sens, sa position se justifie par le fait que les prestations échangées, à l'exemple de l'acompte versé en l'espèce pour réserver un stand sur une foire, ne pouvaient trouver leur utilité que dans l'exécution complète du contrat rompu. Il faut aussi rappeler que les parties peuvent contourner cette règle en aménageant les conséquences de la résolution du contrat. Elles peuvent, par exemple, spécifier que, même en cas de force majeure, l'acompte versé ne donnera lieu à aucune restitution¹¹⁸³. À cet égard, au nom des exigences morales, telles que la bonne foi, la loyauté et l'équité qui font la force des obligations contractuelles, l'objectif est de protéger les intérêts des parties au contrat dès lors que la défaillance du débiteur de l'obligation contractuelle, moralement condamnable empêche la recherche du respect et de la satisfaction de leurs intérêts¹¹⁸⁴.

714. La reconnaissance de la résolution unilatérale du contrat de nature conventionnelle en droit sénégalais. Contrairement au droit français et au droit américain, dans les dispositions sénégalaises du droit commun des contrats, le principe est toujours celui de la résolution judiciaire ou conventionnelle du contrat, respectivement posé aux articles 105¹¹⁸⁵ et 106, alinéa 1^{er} du COCC. Toutefois, l'analyse des dispositions légales démontre que le pouvoir de résolution unilatérale du contrat est reconnu lorsque les parties l'ont expressément prévue. En effet, aux termes de l'article 106, alinéa 1^{er} précité, « (...), *les parties peuvent convenir expressément qu'à défaut d'exécution le contrat sera résolu de plein droit et sans sommation* ». Dans cette hypothèse, le bénéficiaire de la clause de résolution qui est dispensé du formalisme de notification, laquelle est une condition obligatoire en droit français, dispose conventionnellement d'un pouvoir de résolution unilatérale du contrat en cas de défaillance du cocontractant. Cependant, une limite est posée à ce pouvoir de résolution de plein droit et sans notification. En effet, au second alinéa dudit article, les parties peuvent exiger le formalisme de notification pour la mise en œuvre de la résolution du contrat¹¹⁸⁶. Il faut souligner que, tout comme le droit français, en droit sénégalais des contrats, la résolution unilatérale du contrat dépend d'un défaut d'exécution suffisamment grave du contrat. Mais, il faut constater que le droit sénégalais va plus loin et se démarque du droit français en reconnaissant la possibilité pour le créancier, le pouvoir de résolution unilatérale du contrat en cas de défaillance

¹¹⁸² Cass. com., 26 février 2025, n° 23-21.266 F-B.

¹¹⁸³ Cass. com., 26 février 2025, n° 23-20.225 F-B.

¹¹⁸⁴ H. JUILLET-REGIS, *La force obligatoire du contrat, réflexion sur l'intérêt au contrat*, Thèse Droit, Paris 2, 2015, p. 270.

¹¹⁸⁵ Article 105 du COCC, *op. cit.*, n° 255.

¹¹⁸⁶ Article 106, alinéa 2 du COCC. Les parties « *peuvent convenir que le contrat sera résilié de plein droit à dater de la notification au défaillant des manquements constatés à sa charge* ».

du débiteur causant un préjudice futur¹¹⁸⁷. La jurisprudence semble aller dans ce sens lorsqu'elle énonce au visa de l'article 126 du COCC, la possibilité pour le créancier de l'obligation de rompre unilatéralement le contrat en présence de dommage futur certain en vue d'éviter un dommage plus lourd. En effet, la Cour Suprême de Dakar a censuré dans un arrêt du 5 septembre 2012 le juge de la Cour d'appel de Dakar qui a fait dépendre le bien-fondé du pouvoir de résolution unilatérale du contrat à la préexistence d'un dommage certain et actuel. Selon la Cour, la résolution unilatérale du contrat est de droit pour le créancier de l'obligation lorsque le maître d'ouvrage a accusé plusieurs mois de retard dans la réalisation des travaux et que les quatre mois restants ne permettaient pas l'exécution entière des obligations contractuelles, faisant déduire dans ces circonstances la possibilité à ce que le dommage se réalise dans le futur au visa de l'article 126 du COCC¹¹⁸⁸.

715. Ainsi, l'accélération du processus normal de rupture du lien obligationnel par la voie extrajudiciaire se justifie dans l'optique de préserver les intérêts des contractants. Toutefois, la reconnaissance du pouvoir de résolution unilatérale du contrat en droit sénégalais apparaît davantage dans les dispositions issues des lois spéciales supranationales, à l'exemple de l'AUDG, l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS), et le Code des assurances de la CIMA.

716. La reconnaissance explicite de la résolution unilatérale de plein droit du contrat d'affaires par les lois spéciales supranationales. Lorsque le contrat est privé de toute utilité et de toute vitalité économique, le législateur OHADA permet à un contractant de le rompre rapidement en cas de manquement grave du cocontractant à l'une de ses obligations essentielles¹¹⁸⁹. Le pouvoir de résolution unilatérale du contrat est répandu en droit OHADA, notamment dans le contrat de vente commerciale et dans les contrats de transport de marchandises par route. Il ressort donc des dispositions de l'article 281, alinéa 2 de l'AUDCG révisé qui semble être inspiré par la jurisprudence française, que « *la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls (...)* ». Toutefois, afin d'éviter tout abus, l'alinéa 3 de

¹¹⁸⁷ Il résulte des dispositions de l'article 126 du COCC que « *le dommage est certain lorsque, bien que n'étant pas réalisé sur-le-champ, il se produira nécessairement dans l'avenir* ».

¹¹⁸⁸ Cour sup., civ. et com., 5 septembre 2012, n° 81. Le pouvoir de résolution unilatérale du contrat peut être invoquée lorsque le créancier subi un dommage futur.

¹¹⁸⁹ V. en ce sens sur l'étude de la notion d'obligation essentielle en matière de contrat de vente, P. NGUIHE KANTE, « La notion de manquement essentiel dans le droit de la vente commerciale de l'OHADA », *Revue de la Recherche Juridique*, n° 2, 2007, pp. 999-1028.

l'article 281 précité impose au bénéficiaire du pouvoir de résolution unilatérale une obligation de préavis suffisant avant toute notification de sa décision de rompre le contrat.

Outre l'AUDCG, l'AUS accorde à son article 29 ce pouvoir de résolution unilatérale du contrat à la caution ou au certificateur. Il dispose que : « *toute caution ou certificateur de caution peut opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette qui appartiennent au débiteur principal et tendent à réduire, éteindre ou différer la dette (...)*. La notion d'exceptions s'entend par tout moyen de défense, dont la finalité est de permettre au contractant de faire échec à l'acte en raison de son irrégularité. Les exceptions inhérentes à la dette sont celles qui affectent son existence, y compris donc la résolution, la caducité, la nullité, etc. Dans le Code des assurances de la CIMA, c'est un pouvoir qui est également accordé à l'adhérent à travers l'article 98, alinéa 2 en cas de modification du contrat¹¹⁹⁰. Ainsi, comme le souligne Monsieur M. Cyrille, l'objectif en favorisant la rupture unilatérale dans les relations contractuelles vouées à l'échec et mettant en péril l'intérêt économique du contrat « *est de moraliser l'espace social en insistant sur les valeurs sociales et éthiques qui sont censées régir les membres de la société* »¹¹⁹¹.

717. La prévalence de la résolution unilatérale du contrat en droit américain. Le droit américain connaît depuis longtemps une déjudiciarisation de la résolution du contrat. En effet, très sensible à l'efficacité économique des relations d'affaires qui ne peut être atteinte que par le biais d'une flexibilité des règles du droit des contrats, le droit américain a admis depuis longue date le pouvoir de résolution unilatéral du contrat. Avec une certaine proximité de perception à noter entre le droit américain, le droit français et le droit sénégalais de ce que doit satisfaire une relation contractuelle, mais avec peu de différence quant à la perceptive. En effet, l'inexécution par le débiteur à ses obligations contractuelles est considérée en droit américain comme une *répudiation*, c'est-à-dire un rejet du contrat par le débiteur de l'obligation¹¹⁹². Étant donné que c'est le débiteur de l'obligation contractuelle qui rejette le contrat, c'est le schéma inverse qui se produit en droit américain. Ici, c'est le créancier de l'obligation qui prend acte de l'acceptation de la *répudiation*. Elle peut être tacite à condition qu'elle soit non équivoque¹¹⁹³, ou explicite faisant écho à l'exigence du formalisme de notification, même s'il

¹¹⁹⁰ Il est stipulé à l'article 98, alinéa 2 du Code des assurance de la CIMA que « *l'adhérent peut dénoncer son adhésion en raison de ces modifications* » prévues à l'alinéa 1 dudit article.

¹¹⁹¹ M. CYRILLE, « Réflexion sur l'affaiblissement de la force obligatoire du contrat en droit OHADA », *op. cit.*, p. 592.

¹¹⁹² V. not. : M. FURMSTON, *CHESHIRE, FIFOOT and FURMSTON'S Law of Contract*, OUP, 17^e éd., 2017, p. 669 et S. ; M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, OUP, 6^e éd., 2018, p. 466.

¹¹⁹³ Selon la jurisprudence américaine, la volonté du créancier de l'obligation de ne peut poursuivre le contrat doit être certaine et que tout acte qui démontre qu'il n'a pas entendu le poursuivre peut le prouver. V. not. : Ross

faut préciser qu'un tel formalisme n'est pas posé explicitement par les règles de droit américain comme c'est le cas en droit français. Ainsi, l'auteur de la rupture unilatérale du contrat, n'est pas comme en droit français ou en droit sénégalais, le créancier. Il ne fait que prendre acte de la décision de rejet du contrat (*accept the breach*) par le débiteur du fait de son manquement à son obligation¹¹⁹⁴. À côté de la « *repudiation* » du contrat, il existe un autre mécanisme de résolution unilatérale du contrat : la « *termination for breach* ». Il permet au créancier d'une obligation de résoudre unilatéralement le contrat pour manquement du débiteur sur deux conditions : soit en fonction de la nature de l'obligation inexécutée, soit en fonction de la gravité des conséquences du manquement à une obligation contractuelle par le débiteur. Ainsi, du moment où l'efficacité du contrat est destructrice¹¹⁹⁵ lorsque le contrat ne peut pas satisfaire à son utilité économique, sur le fondement de la théorie de la violation efficace (*efficient breach*)¹¹⁹⁶, le non-respect des obligations contractuelles devient légitime si toutefois il aboutit à une allocation optimale des ressources économiques¹¹⁹⁷.

718. En somme, le regard économique du contrat est une empreinte qui a longtemps marqué le droit américain. Nous pensons que c'est la raison pour laquelle la réponse unilatérale à l'inexécution d'une obligation contractuelle y est considérée, non pas comme une sanction, mais plutôt comme un remède qui vient traiter ou prévenir les atteintes aux intérêts légitimes des parties au contrat.

719. Conclusion de la section 1. La notion d'équité que l'on retrouve dans les règles de droit français, de droit américain, de droit sénégalais est un fondement pertinent pour justifier que le contenu contractuel est aujourd'hui enrichi par des règles juridiques et éthiques. Au regard de cette perception, difficile de rejeter la prescription morale de la prise en compte de l'intérêt légitime du contractant comme fondement de la force obligatoire du contrat. Le recours à cette théorie a eu pour but de proposer une nouvelle relecture de la perception du contrat. Elle

Smyth & Co. Ltd v. Bailey, Son & Co. (1974) 3 All ER 60, not. p. 71 ; *Federal Commerce and Navigation Co. Ltd v. Molena Alpha Inc* (1979) AC757 ; *Woodar Investment Development Ltd v. Wimpey Construction (UK) Ltd* (1980) 1 All ER 571.

¹¹⁹⁴ V. sur ce point : J. O'SULLIVAN et J. HILLIARD, *The law of contract*, Oxford University Press, coll. Core text series, 5^{ème} éd., 2012, n° 16.14 et s., p. 360 et s.; H. G. BEALE, W. D. BISHOP, et M. P. FURMSTON, *Contract : Cases and Materials*, London, Butterworth, 2^{ème} éd., 1990, p. 410 et s.

¹¹⁹⁵ J. MESTRE, « Rapport de synthèse », in *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p. 90-91.

¹¹⁹⁶ V. en ce sens sur la théorie de la violation efficace : B. RUDDEN, Ph. JUILHARD, « La théorie de la violation efficace », *RIDC*, 1986, p. 1015-1041.

¹¹⁹⁷ Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, n° 407, p. 487 ; A. A. LEVASSEUR, *Le contrat en droit américain*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1996, p. 10.

vient compléter la volonté autonome et la loi pour justifier le pourquoi une relation contractuelle est dotée de force obligatoire.

720. Les avantages pratiques des pouvoirs unilatéraux contractuels. Le besoin de satisfaction l'intérêt légitime des parties au contrat a ouvert la voie à la prolifération des pouvoirs unilatéraux. Bien qu'appréhendé quelque peu différemment dans les trois systèmes juridiques étudiés, l'objectif de faire usage d'une prérogative unilatérale sous couvert de l'équité sera d'assouplir partiellement la règle de droit et modérer la rigueur de son application afin d'améliorer ce qui semble être juste et utile pour les parties. La montée en puissance des pouvoirs unilatéraux de correction, de modification, ou d'anéantissement du contrat s'explique également par des ambitions de rapidité, d'amélioration de l'efficacité économique du contrat d'affaires¹¹⁹⁸, de gestion du contrat en permettant de sortir dans une relation contractuelle qui compromet gravement la réalisation de l'effet économique attendu. Outre, du caractère peu onéreux des procédures de mise en œuvre des pouvoirs unilatéraux contractuels.

Section 2 : Le principe d'équité comme correcteur des abus de la volonté individuelle

721. Une volonté subordonnée à l'efficience juridique et à la conformité aux règles de sauvegarde des intérêts sociétaux. Le contrat, loi des parties, ne saurait se substituer à la loi étatique qui s'est toujours réservé un droit de regard sur le respect de l'ordre public et la garantie de l'égalité entre parties au contrat¹¹⁹⁹. En effet, comme le relève le Professeur P. Ancel, *« il n'est pas question de nier que la loi contractuelle est une loi inférieure, subordonnée à la loi étatique. (...) Cette subordination permet d'expliquer que le contenu de la norme contractuelle échappe dans une large mesure à la volonté des parties : soit que le droit étatique impose tel ou tel contenu au contrat par des lois impératives, soit que, dans le silence des parties, il prescrive au juge d'intégrer dans la norme contractuelle le contenu des lois supplétives et/ou de le compléter par le recours aux usages ou à l'équité (...) »*¹²⁰⁰. L'objectif de cette intervention est double : d'une part, protéger l'intérêt général, et d'autre part, protéger les parties au contrat. Ainsi, désormais envisagé comme une entité autonome, distincte de la personne de ceux qui lui ont donné naissance¹²⁰¹, le contrat est porteur de valeurs socio-

¹¹⁹⁸ S. BROS, « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », *RDC*, n° 4, 2012, p. 1452.

¹¹⁹⁹ A. SUPIOT, « La contractualisation de la société », *op. cit.*

¹²⁰⁰ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat » *RTD civ.*, 1999, p. 771.

¹²⁰¹ J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », *op. cit.*, p. 19 et s.

économiques qui nécessitent une intervention du législateur sur le contenu obligationnel du contrat afin de redéfinir ces valeurs¹²⁰².

722. Plan. Ainsi, depuis le début du XX^e siècle, on assiste incontestablement à un déclin de la volonté individuelle (**sous-section 1**), et à son contrôle (**sous-section 2**) afin de corriger les contrats d'affaires structurellement déséquilibrés.

Sous-section 1 : Le déclin amorcé de la volonté individuelle dans les contrats d'affaires

723. La volonté individuelle, un pouvoir délégué aux parties et encadré par la loi et les normes éthiques. En identifiant les autres sources de création du lien obligationnel, il est possible d'en déduire que la volonté autonome cohabite avec d'autres règles juridiques qui l'encadrent pour légitimer la force obligatoire du contrat. Comme le souligne le Professeur Dutilleul « *tout n'est pas consensuel dans le contrat. La loi s'intègre dans la structure et dans le contenu du contrat* »¹²⁰³, raison pour laquelle les parties au contrat n'ont pas la possibilité de déroger aux règles impératives, mais seulement supplétives.

724. Plan. L'attitude qui est aujourd'hui observée est d'œuvrer pour une emprise de l'équité sur le contrôle des clauses abusives (**A**) et sur l'interprétation du contenu contractuel par le juge (**B**) afin de limiter les déséquilibres inacceptables souvent provoqués par la prééminence de l'approche volontariste du contrat.

A- L'empreinte de l'équité en matière de contrôle des clauses abusives

725. Le contrôle des manifestations abusives de la volonté individuelle par les règles d'ordre public contractuel¹²⁰⁴. Le registre de la volonté autonome sur lequel s'est construite la théorie générale du contrat a cédé la place au registre de l'utilité socio-économique du contrat, auquel peuvent se greffer des valeurs éthiques garanties par les lois au moyen notamment d'un ordre public économique de direction et d'un ordre public économique de protection¹²⁰⁵. L'utilisation de ces outils conceptuels de l'ordre public contractuel qui s'est

¹²⁰² M. PLOUVIEZ, « Le contrat comme institution sociale : la notion de solidarité contractuelle chez Émile Durkheim », in *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 69. et s.

¹²⁰³ F. C. DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », in C. Jamin, D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 231.

¹²⁰⁴ « L'ordre public contractuel recouvre les règles de droit devant être impérativement observées par les parties. Il surplombe la distinction des règles obligatoires et des prescriptions supplétives et borne le périmètre de la liberté contractuelle ». V° S. DOUTEAUD, « Le contenu législatif de l'ordre public contractuel », *RDC*, 2020, n° 01, p. 144.

¹²⁰⁵ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 2004, p. 2.

développée au début du XX^e siècle a permis d'en faire de véritables instruments de l'équilibre contractuel afin de considérablement réduire la force acquise par le dogme de l'autonomie de la volonté. À notre sens, l'un des facteurs les plus caractéristiques de l'emprise des règles juridico-éthiques sur le contenu contractuel est sans doute l'exigence d'un équilibre dans les relations d'affaires. Elle constitue le reflet de la remise en cause de la conception purement volontariste qu'une partie de la doctrine¹²⁰⁶ attribuait au contrat. En effet, comme l'a affirmé Domat : « *la règle générale qu'on peut faire toutes sortes de conventions est bornée par la règle qui défend celles qui blessent l'équité et les bonnes mœurs* »¹²⁰⁷. C'est pourquoi, aujourd'hui, les contrats d'affaires qui sont manifestement déséquilibrés ne peuvent plus tenir lieu de loi à ceux à qui ils ont été imposés¹²⁰⁸. Au nom de l'ordre public économique et de la moralité contractuelle, on cherche à établir un équilibre dans les contrats d'affaires. Comme le souligne le Professeur D. Mazeaud « *il faut apprendre à composer la partition du droit des contrats avec de nouvelles sonorités : équité, loyauté, proportionnalité, solidarité...* »¹²⁰⁹. Dans ces perspectives la loi, la jurisprudence et la doctrine ont forgé des instruments, parmi lesquels il y a une qui se démarque très fortement des autres, à savoir le contrôle des clauses abusives.

726. La construction de la qualification de clauses abusives dans les contrats d'affaires par le rejet du dogme de l'autonomie de la volonté en droit français. Selon l'expression du Professeur J.-P. Chazal « *c'est parce qu'il est inéquitable de laisser le faible à la merci du puissant que le droit limite la liberté contractuelle de ce dernier* »¹²¹⁰. L'exigence de modulation de la force obligatoire du contenu contractuel prend une dimension importante en droit français des contrats et relève traditionnellement de l'idée d'ordre public contractuel avec l'émergence de la prohibition des clauses abusives. En effet, on peut constater, en lisant attentivement le nouvel article L. 442-1¹²¹¹ du Code de commerce sur la sanction du

¹²⁰⁶ V. notamment : H., L., J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçon de droit civil*, t. II, vol. 1^{er}, *Obligations*, 9^{ème} éd., 1998, n° 721. Ces auteurs affirment que : « *La règle de l'article 1134 du code civil est la conséquence de l'autonomie de la volonté : la volonté est toute puissante ; elle engage l'individu à l'égal de la loi ; ni le législateur, ni le juge ne sauraient délier les contractants* ».

¹²⁰⁷ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Liv., prél., I, I, § VII.

¹²⁰⁸ D. MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin », in C. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, op. cit., p. 136.

¹²⁰⁹ *Ibid.*

¹²¹⁰ J.-P. CHAZAL, « Le consommateur existe-il ? », *Dalloz*, 1997, chr., 260, n° 31.

¹²¹¹ Cette disposition, tant dans sa finalité de protection, que dans la sanction du déséquilibre significatif, a un champ d'application plus large que l'article 1171 du Code civil qui est son doublon. En effet, d'une part, l'article 442-1 du Code de commerce n'est pas limité aux seuls contrats d'adhésion, et d'autre part, le déséquilibre sanctionné pourrait être purement économique, ou un défaut d'équivalence entre les prestations réciproques qui sont formellement exclus par l'article 1171, alinéa 2 du Code civil. Une position confirmée par la jurisprudence dans une arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 25 janvier 2017, n° 15-23.547.

déséquilibre significatif, ainsi que l'article L. 341-2 du même code sur la réputée non-écrite de la clause qui restreint la liberté d'entreprendre des affiliés d'un réseau de distribution après la résiliation ou l'échéance du contrat¹²¹² pour s'apercevoir, d'emblée, que la détermination du contenu contractuel est incontestablement reliée à la loi. Nous pensons que cette dernière a toujours incorporé des exigences éthiques dans les contrats d'affaires parce que c'est un défaut devant la morale d'abuser de sa position de domination. Une lecture approfondie des articles du Code civil permet également de constater que certains évoquent cette idée de la prégnance d'un ordre public contractuel. Nous pouvons citer quelques articles du Code civil qui s'appliquent aussi aux contrats d'affaires : les articles 6 sur l'impossibilité de déroger par convention aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ; 1102, alinéa 2 qui pose l'ordre public comme borne de la liberté contractuelle ; 1128, alinéa 3 sur la licéité du contenu contractuel ; 1162 sur l'impossibilité pour le contrat de déroger à l'ordre public ; 1170 sur la réputée non-écrite de la clause qui vide l'obligation essentielle de sa substance ; 1171 qui généralise le mécanisme de sanction des clauses abusives dans les contrats d'adhésion à l'exemple des contrats de franchise, de concession de vente, de distribution sélective, etc.

727. Toutefois, l'analyse des dispositions d'ordre public contractuel sur les clauses abusives qui implique un raisonnement objectif révèle que leur qualification renvoie à un objectif d'équilibre des relations contractuelles et de volonté législative de protection des contractants en position de faiblesse technique et/ou économique. C'est pourquoi, sur la base de cette approche, une clause d'exclusivité introduite dans un contrat de distribution sera réputée non écrite, lorsqu'elle n'est pas nécessaire au succès et à la réputation du réseau¹²¹³.

728. Illustration de jurisprudence sur le contrôle des clauses abusives. Dans une récente décision, la Haute juridiction a censuré une clause résolutoire de plein droit pour inexécution du contrat considérée comme abusive pour défaut de réciprocité. En effet, la Cour de cassation, saisie pour la première fois depuis la réforme de 2016, dans un litige entre

¹²¹² Cette disposition issue de la loi *Macron* a été récemment mise en application par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 5 juin 2024, n° 23-15.741 qui opte pour une application extensive aux activités de services dès lors que l'objectif d'intérêt général recherché par la loi ne justifie aucun traitement différencié entre les réseaux. La Haute juridiction retient que la clause de non-réaffiliation stipulée dans un contrat de franchise doit être anéantie en son entier lorsque la relation contractuelle prend fin parce que non indispensable à la protection du savoir-faire ou disproportionnée. En ses termes les juges du fond estiment « *qu'il résulte de l'article L. 341-2 du code de commerce que la clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1 du même code, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat, est réputée non écrite* ».

¹²¹³ V. Cass. conc., 24 mai 1994, décisions n° 94-D-31, J. Dessange et n° 94-D-32 ; Cass. com., 10 janv. 1995, *Gaz. Pal.*, 1995, 2, Jur., 502, *RJDA* 1995, n° 561.

professionnels où était invoquée une clause résolutoire considérée comme non écrite parce qu'elle entraînait un déséquilibre significatif, apporte d'importantes précisions sur les conditions d'application des dispositions du Code civil visant les clauses abusives, notamment l'article 1171 dudit code. Dans son arrêt du 26 janvier 2022¹²¹⁴, la Cour de cassation retient que les dispositions du Code civil s'appliquent aux contrats non visés par l'article L. 442-6 du Code de commerce (nouvel article L. 442-1 qui est issu de l'ordonnance 2019-359 du 24 avril 2019), et tel est le cas des contrats de location financière qui n'entre pas dans le champ d'application des textes relatifs aux pratiques restrictives de concurrence. Ainsi, dans les contrats d'affaires, ne pas lutter contre les déséquilibres contractuels causés par les clauses abusives équivaut à remettre en question les exigences de la bonne foi contractuelle mentionnées au premier alinéa de l'article 1104 du Code civil¹²¹⁵, lesquelles devraient constituer le fondement de leur contrôle juridique¹²¹⁶.

729. L'émergence d'un ordre public contractuel moins marqué en droit sénégalais par la consécration du contrôle des clauses abusives. Les contractants peuvent, par les prérogatives que l'autonomie de la volonté accorde, commettre des injustices au moment de la détermination du contenu contractuel, notamment dans les contrats d'adhésion¹²¹⁷. Même si le contrôle des clauses abusives est moins ancré dans les contrats d'affaires en droit sénégalais, le législateur conscient du déphasage causé par la libéralisation de l'économie et la mutation profonde des pratiques d'affaires¹²¹⁸ pour pallier cette situation et neutraliser les déséquilibres dans les contrats a adopté la loi n° 2021-25 du 12 avril 2021¹²¹⁹ relative aux prix et à la protection du consommateur qui s'applique « à toutes activités de production, de distribution et de prestation de services »¹²²⁰. Des dispositions ont été dédiées à l'interdiction des clauses contractuelles abusives¹²²¹. Toutefois, avant la loi n° 2021-25, l'article 42 du COCC limitait déjà, par l'ordre public et les bonnes mœurs, la liberté des parties au contrat de prévoir toutes espèces de clauses. Mais il faut constater que l'objectif de contrôler l'équilibre du contenu des

¹²¹⁴ Cass. com. 26 janv. 2022, n° 20-16.782 FS-B, Sté Locam c/ Sté Grenn day.

¹²¹⁵ V. *supra.*, n° 95 et s.

¹²¹⁶ V. notamment : F.-X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP* 1993, I., 3673, n° 39 et 41 ; B. BEIGNIER, « Le fondement juridique du contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire, *LPA*, mars 1994, p. 20.

¹²¹⁷ I. Y. NDIAYE, « Leçon inaugurale : le COCC, cinquante ans après (Regard furtif), *op. cit.*, p. 21.

¹²¹⁸ V. exposé des motifs de la loi n° 2021-25 du 12 avril 2021 sur le prix et la protection du consommateur.

¹²¹⁹ Cette loi abroge partiellement la loi n° 94-63 du 22 août 1994 sur le prix, la concurrence et le contentieux économique. Les dispositions contraires ont été abrogées, notamment les articles 32 à 91 de ladite loi et les dispositions relatives à la commission de la concurrence et aux pratiques anti-concurrentielles ont été maintenues et demeurent régies par la loi n° 94-63.

¹²²⁰ Article 2-1 de la loi n° 2021-25 du 12 avril 2021.

¹²²¹ V. les articles 15 à 19 de la loi n° 2021-25 du 12 avril 2021 qui sont d'ordre public.

contrats d'affaires est plus marquant dans la loi n° 2021-25, même si elle est limitée, en principe, aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs, à la différence du droit français où les articles 1170 et 1171 du Code civil ont généralisé leur contrôle à tous les contrats. Toutefois, il faut relever que c'est une innovation majeure quand le législateur sénégalais vient adopter des règles d'identification et de répression des clauses abusives. Cependant, on pourrait s'attendre à l'extension de son champ d'application, pour prendre en compte les déséquilibres du contenu contractuel dans les contrats d'affaires entre professionnels.

730. Au regard de ce qui précède, nous pouvons soutenir que l'expérience sénégalaise du contrôle de l'équilibre du contenu contractuel des contrats d'affaires n'est pas encore concluante. En effet, les règles propres à certains contrats d'affaires, tels que les contrats de distribution, de concession, de sous-traitance, d'approvisionnement qui doivent impérativement encadrer les applications de l'autonomie de la volonté n'ont pas encore trouvé de support normatif concret. Le droit américain, en revanche, a toujours été favorable au rééquilibrage des inégalités contractuelles par le contrôle des clauses abusives ou manifestement déséquilibrées.

731. L'ordre public contractuel par le contrôle des clauses abusives déjà ancré en droit américain. L'exigence de l'équilibre dans les contrats d'affaires ne fait pas défaut dans le droit américain. Pour des raisons objectives de protection de la partie faible, la mission de contrôle du contenu contractuel a été accordée au juge, principalement pour déterminer si une clause est *unconscionable*. Même si, en droit américain, la conception de la règle impérative est hypothétique, alors qu'elle est catégorique dans les droits français et sénégalais, et qu'« *il est difficilement concevable qu'un contrat puisse aisément être remis en cause parce qu'il méconnaît un principe d'ordre public* »¹²²², ils ont tout de même tenté de lutter contre le développement des déséquilibres contractuels. En effet, en 1962, la section 2 302 du UCC américain a aménagé un certain nombre de critères permettant de qualifier une clause ou un contrat comme *unconscionable*, comparable à la notion de déséquilibre significatif. À titre d'exemple, la Cour d'appel américaine a précisé à cet effet que « *n'importe quelle clause d'un contrat peut être déclarée unconscionable (...), affirmation qui tire son origine de la section 2 302 du Code de Commerce Uniforme* »¹²²³.

¹²²² L. CONVERT, *L'impératif et le supplétif en droit des sociétés, Étude de droit comparé*. Angleterre-Espagne-France, LGDJ, 2003.

¹²²³ *Martin v. Joseph Harris Co Ins*, 767 F2d 296 (6th Cir. 1985), United States Court of Appeals : « *First, Sec. 2-302 provides that "any clause" of a contract may be found unconscionable (...) that all disclaimers meeting its requirements are immune from general policing provisions like section 2-302* ».

Il faut observer que, contrairement au droit français avec notamment l'article L. 442-1 du Code de commerce, cette règle ne limite pas son champ d'application à certains types de contrats. Il se veut en effet général et s'applique à tous types de contrats. Le droit américain est très sensible à la négociation du contenu contractuel. C'est pourquoi à ce stade, un contrôle accru est exercé sur certaines clauses des contrats d'affaires, notamment la clause de « *liquidated damages* », qui vise à réparer forfaitairement un préjudice résultant de l'inexécution contractuelle, ou la clause d'exclusion de responsabilité. En effet, dans les contrats établis entre fournisseurs et distributeurs, les règles américaines sont radicales envers les clauses d'exclusion de la responsabilité. À titre d'exemple, une clause pourrait être considérée comme abusive lorsqu'elle permet à un distributeur d'exclure sa responsabilité pour des manquements contractuels qui lui seraient imputables, du fait par exemple de sa négligence ou d'un défaut d'exécution de ses obligations.

En droit français, américain et sénégalais, même si c'est moins ancré chez ce dernier, la meilleure façon d'assurer une relation contractuelle équilibrée est d'instaurer un contrôle sur les résultats de la volonté autonome. Cela permet d'éviter de laisser libre cours aux parties au contrat qui ont souvent une conception erronée de la souveraineté individuelle.

B- L'empreinte de l'équité en matière d'interprétation du contenu contractuel

733. Un pouvoir d'adaptation de la volonté individuelle des parties au contrat reconnu au juge. « *Si l'ingérence du juge dans le contrat n'est plus fatalement appréhendée comme une arme fatale contre les sacro-saints principes de la force obligatoire du contrat et l'impératif de sécurité juridique* »¹²²⁴, c'est d'une part, parce qu'il est loin d'être « *l'ennemi numéro 1* »¹²²⁵, et d'autre part, « *dans l'exercice du pouvoir de révision du contrat qui lui a été accordé, le juge a généralement fait preuve de sagesse et d'une modération qui ont été unanimement saluées* »¹²²⁶. Ainsi, au cours des siècles, la modification en profondeur de la représentation classique du contrat¹²²⁷ s'est accompagnée par une multiplication des lois nouvelles qui ont ouvert la voie à l'intervention du juge dans le contrat. L'objectif est « *d'en rééquilibrer les prestations, d'en éradiquer les clauses abusives, d'en changer les termes pour prendre en compte la situation délicate du débiteur, voire d'en compléter la teneur en y ajoutant*

¹²²⁴ D. MAZEAUD, « La révision du contrat », *LPA*, 30 juin 2005, p. 4 et s., spéc. n° 6.

¹²²⁵ *Ibid.*

¹²²⁶ *Ibid.*

¹²²⁷ C. THIBIERGE, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *op. cit.*

de nouvelles obligations »¹²²⁸. Ses pouvoirs ont incontestablement évolué en droit français lors de la réforme du droit des contrats. Même si le principe demeure celui de l’immutabilité du contenu contractuel imposé au juge¹²²⁹, notamment rappeler dans le célèbre arrêt dit « Les Maréchaux » qui encadre le recours à la bonne foi¹²³⁰ ; outre son rôle d’interprétation du contrat¹²³¹, l’office du juge est aujourd’hui étendu et il est amené à délimiter et assainir le contrat par des techniques curatives. Ces dernières lui permettent d’exclure tout élément posant des difficultés à la délimitation exacte des contours du contenu contractuel ou, à l’inverse, inclure dans l’intérêt des parties au contrat tout élément qu’elles croyaient légitimement contractuel. C’est l’exemple des documents publicitaires dans les contrats d’adhésion qui emportent le consentement de l’adhérent que la Cour de cassation a explicitement affirmé leur valeur contractuelle. En effet, dans un arrêt daté du 6 mai 2010, la Cour de cassation a affirmé que les documents publicitaires ont une valeur contractuelle dès lors que « *suffisamment précis et détaillés, ils ont eu une influence sur le consentement du contractant* »¹²³². À cet effet, revêtant sans doute le caractère d’ordre public contractuel, toute clause contraire qui écarte la valeur contractuelle de ces documents devrait être neutralisée par le juge afin de refuser sa force obligatoire. À cet égard, nous pensons que, si la détermination du contenu contractuel repose sur la puissance de la volonté libre, les parties au contrat doivent se plier à certaines exigences de licéité, d’équité et de raisonnable qui sont autant de restrictions morales aux manifestations du principe de l’autonomie de la volonté que le juge peut appliquer.

734. Il est donc révélateur que la découverte prétorienne de l’obligation d’information, des clauses abusives, de la révision pour imprévision, *etc.*, en droit français, ait ouvert la voie à l’intervention du juge dans le contrat pour assurer le respect de certains obligations et devoirs contractuels imposés implicitement ou explicitement aux contractants. Le respect des règles impératives est donc placé sous l’égide du juge, chargé d’assurer la police de leur application. Ainsi, à titre d’illustration, le juge français impose indirectement dans les contrats d’affaires, à l’exemple des contrats d’entreprise et de mandat, l’obligation pour les professionnels de proportionner leurs honoraires à la prestation fournie, à défaut de les voir réduits judiciairement s’ils sont manifestement excessifs¹²³³. Dans le même ordre d’idée, dès lors que la pratique de prix excessifs par rapport au marché créant un déséquilibre contractuel préjudiciable au

¹²²⁸ *Ibid.*

¹²²⁹ V. H. JUILLET-REGIS, *La force obligatoire du contrat, réflexion sur l’intérêt au contrat*, *op. cit.*, p. 258 et s.

¹²³⁰ Cass. com., 10 juillet 2007, n° 06-14.768

¹²³¹ V. *supra*, n° 127 et s.

¹²³² Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2010, n° 08-14.461, *RDC* 2010, p. 1197 et s., note, D. MAZEAUD.

¹²³³ Cass. civ. 1^{er}, 3 mars 1998, II, 10115, note Sainte-Rose.

contractant soumis à une obligation d'exclusivité est prohibée dans les contrats de distribution¹²³⁴, le juge pourra *a posteriori* intervenir pour préserver la commutativité contractuelle. Cette tendance de reconnaître au juge un pouvoir de refaire le contenu contractuel est-il connu par le droit sénégalais et le droit américain ?

735. La place cardinale des juges américains dans la détermination du contenu du contrat. Les développements précédents sur le droit américain illustrent la place cardinale accordée au juge dans le contrat. En effet, contrairement au droit français et au droit sénégalais, le droit américain est très marqué par une tradition prétorienne dans laquelle, le juge est chargé de définir les concepts fondamentaux du droit des contrats. Dans son interaction avec le contrat, il remplit plusieurs rôles. Il protège l'économie du contrat contre les abus, les parties contre les préjudices. Il favorise aussi la prise en compte des préoccupations morales dans les relations sociales en produisant des normes censées imprégner une conduite « *raisonnable* » à la pratique contractuelle. D'où la place limitée de la conception du contrat fondée sur l'autonomie de la volonté que la doctrine américaine rejette en la qualifiant de conception classique¹²³⁵. Le droit américain n'a pas donc attendu l'évolution des textes, comme ce fut le cas en droit français, pour donner au juge le pouvoir d'adaptation du contrat. C'est une place qu'il a occupé *ab initio*. La meilleure preuve qui l'illustre c'est la théorie de l'*unconscionability*¹²³⁶ prévue à la section 2 302 du *UCC* américain¹²³⁷ qui établit les sanctions applicables si un contrat ou une clause est déraisonnable. Au regard de cet article, le juge occupe une place centrale dans l'adaptation du contenu contractuel. Il bénéficie d'un certain nombre de pouvoirs de sanctions. En effet, deux possibilités sont offertes au juge permettant de qualifier le contrat ou la clause d'*unconscionable*. Il peut soit neutraliser l'exécution du contrat dans son entièreté, soit neutraliser uniquement la clause qualifiée d'abusives. Cette dernière est la seule sanction offerte aux juges français et sénégalais. La force du juge à adapter le contenu contractuel est fidèle à la tradition juridique américaine, dont la principale caractéristique se résume par l'adage du « *judge made law* », c'est-à-dire un système juridique élaboré par les juges dans des séries

¹²³⁴ Cass. com. 28 mars 2000, Droit & Patrimoine, n° 86, p. 101, obs. Chauvel.

¹²³⁵ I. R. MACNEIL, "Contracts : adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law", Northwestern university law review, 1978, Vol. 72, n° 6, p. 854 et s.

¹²³⁶ V. *supra*, n° 731 sur la qualification des clauses abusives en droit américain.

¹²³⁷ La section 2.302 du Code de commerce uniforme dispose que : « (1) Si, en matière de droit, la cour trouve que le contrat ou que l'une des clauses du contrat était unconscionable au moment de sa formation, elle peut refuser d'ordonner l'exécution du contrat, ou ordonner son exécution sans la clause unconscionable, ou limiter l'application de la clause unconscionable de façon à éviter un résultat injuste.

(2) Quand il est prétendu ou qu'il apparaît à la cour que le contrat ou l'une de ses clauses pourrait être unconscionable, les parties doivent avoir la possibilité raisonnable de présenter leurs dépositions quant au contexte commercial, au but ou à l'effet (du contrat et de la clause) afin d'aider la cour à se prononcer ».

d'arrêts qui se construisent sur le fondement des précédents. Ainsi, contrairement au droit français et au droit sénégalais, le droit américain des contrats comporte plus de flexibilité pour s'adapter aux nouvelles circonstances qui pourraient affecter les relations d'affaires. Le juge pourra donc s'appuyer sur le contexte socio-économique de la relation d'affaires pour rejeter les pratiques déraisonnables afin d'apporter les corrections nécessaires qui lui permettront de rendre le contrat conforme aux habitudes du marché, mais également corriger les pratiques du marché quand elles sont injustes.

736. Le refus du droit sénégalais d'accorder au juge un pouvoir de contrôle du contenu du contrat. En droit sénégalais, le législateur refuse de faire l'amalgame entre la volonté autonome et le pouvoir d'adaptation du contrat par le juge. En intervenant généralement à la phase précontractuelle, ou à la phase de formation du contrat pour corriger les inégalités contractuelles et prohiber l'incorporation de certaines clauses, le législateur sénégalais préfère rétablir l'équilibre contractuel par le biais de la loi ou de la contractualisation du droit des contrats. Le principe de l'intangibilité du contrat garde toute son étendue en droit sénégalais et, par conséquent, empêche le juge de réviser le contrat. Même si le projet mis en place en 2015 d'un droit commun des contrats dans l'espace OHADA envisage d'accorder au juge une place dans la délimitation du contenu contractuel à travers un certain nombre de dispositions, notamment l'article 113¹²³⁸ sur les clauses abusives, ou l'article 162¹²³⁹ sur la révision du contrat pour imprévision, celui-ci n'a pas encore vu le jour. Ce retard est en partie dû par la réticence de certains États membres à vouloir préserver leur souveraineté en matière de réglementation du droit commun des contrats. Toutefois, son pouvoir d'intervention dans la délimitation du contenu contractuel semble aujourd'hui prendre forme dans la loi n° 2021-25 du 12 avril 2021 relative au prix et à la protection du consommateur qui prévoit des dispositions interdisant les clauses abusives.

¹²³⁸ Article 113 de l'AUDGO : « la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée ». L'analyse de cette disposition révèle des incomplétudes, notamment sur la définition de la notion de clauses abusives, et sur l'indétermination de l'objet du déséquilibre significatif (est-ce un déséquilibre sur les prestations des parties au contrat ou un déséquilibre sur les droits et obligations des parties au contrat).

¹²³⁹ Article 162 de l'AUDGO : « 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. 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 : 1) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; 2) ou adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations ».

737. En somme, il existe, dans les systèmes juridiques étudiés, une différence dans la réglementation de l'ordre public contractuel, lequel est censé garantir la justice distributive en permettant à chacune des parties au contrat la satisfaction de ses intérêts légitimes. Si l'ordre public contractuel est effectivement pris en compte par le droit français et le droit américain dans l'optique de rétrécir la puissance de la volonté individuelle, telle n'est pas encore le cas en droit positif sénégalais. Après avoir examiné le déclin de la volonté individuelle sous l'influence du processus de moralisation des contrats d'affaires, nous allons maintenant regarder comment ce contrôle est exercé en lien avec les pouvoirs unilatéraux.

Sous-section 2 : L'éradication de l'utilisation abusive des pouvoirs contractuels

738. **L'exclusion des remèdes unilatéraux de rééquilibrage du contrat jugés illégitimes.** La quête de moralisation des contrats d'affaires consiste également à tracer les contours de l'utilisation des pouvoirs contractuels d'origine légale ou conventionnelle. En effet, il existe des situations où la mise en œuvre d'un pouvoir unilatéral emporte un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat emportant l'affaiblissement de la sécurité des transactions. Ainsi, afin de protéger la stabilité et l'économie du contrat, l'exercice des pouvoirs unilatéraux confiés à l'une des parties est soumis au contrôle du juge qui intervient en aval pour sanctionner leur mauvais usage¹²⁴⁰. Le juge intervient lorsqu'il est saisi pour s'assurer, d'une part, de la bonne mise en œuvre des prérogatives contractuelles par leur bénéficiaire, et, d'autre part, de l'absence d'usage excessif ou injustifié de celles-ci. En effet, une telle utilisation pourrait perturber la protection des intérêts du cocontractant qui sera affecté par les effets de l'usage excessif du pouvoir unilatéral¹²⁴¹. Pour le Professeur Th. Revet, même si le mécanisme des pouvoirs unilatéraux semble exclure l'intervention du juge dans leur mise en œuvre, elle n'est que provisoire dès lors qu'il a également pour fonction de vérifier si la prise en compte de l'intérêt légitime du cocontractant n'a pas été ignorée par le contractant investi de prérogatives d'agir sur le contenu et le sort du contrat¹²⁴².

739. **Plan.** Afin d'éviter le détournement de l'objectif premier des pouvoirs unilatéraux qui est de servir à l'efficacité légitime et à l'équilibre du contrat, le seul remède est de contrôler la jouissance (A) et la mise en œuvre (B) des pouvoirs contractuelles.

¹²⁴⁰ J.-F. HAMELIN, « L'exercice des pouvoirs », *RDC*, 2018, n° 115h8, p. 514.

¹²⁴¹ V. Th. REVET, « Réflexion sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », in *Le juriste dans la cité*, *op. cit.*, p. 897.

¹²⁴² *Ibid.*

A- Le contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels

740. Le contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels, gage d'une équité contractuelle. Tout semble partir de la quête de « l'utile et du juste » dans les relations d'affaires pour donner naissance aux devoirs contractuels de bonne foi, d'équité, d'information, de collaboration, de diligence, de sécurité, etc. Aujourd'hui, en regardant de plus près le cadre contractuel et la reconstruction de la réalité de la pratique contractuelle, il faut s'apercevoir que la plupart des contrats d'affaires sont marqués par des pouvoirs unilatéraux de fait détenus par l'un des contractants. L'exemple le plus usuel est celui du contrat d'adhésion entre un distributeur et un fournisseur, ou entre un franchiseur et un franchisé. Ainsi, à partir du concept d'« économie générale du contrat », de celui d'obligation essentielle du contrat et de celui de *considération* en droit américain, la reconfiguration du contrat à partir des attentes essentielles des contractants¹²⁴³ a permis de revoir en même temps les contours des pouvoirs contractuels. En principe, la liberté contractuelle permet aux parties de stipuler des clauses de pouvoir. Toutefois, cette liberté est soumise à des limites. En effet, l'article 42 du COCC¹²⁴⁴, l'article 6¹²⁴⁵ du Code civil et le nouvel article 1102, alinéa 2¹²⁴⁶ du même code énoncent que cette liberté ne peut être exercée que dans la mesure où elle ne contrevient pas à l'ordre public et à l'équité. À suivre le Professeur D. Mazeaud, le contractant doit « *exercer ses pouvoirs contractuels sans faire abstraction des intérêts légitimes de son partenaire* »¹²⁴⁷. À ce propos, à titre de précision, les réflexions qui vont suivre traiteront, non pas du contrôle de l'aptitude juridique du contractant à bénéficier d'un pouvoir contractuel ou le contrôle de son existence ; mais plutôt du contrôle de la licéité de la jouissance du pouvoir contractuel d'origine conventionnelle¹²⁴⁸.

741. Le contrôle du caractère arbitraire de la clause attributive de pouvoirs contractuels dans les contrats d'affaires en droit français. Tout contrat d'affaires repose structurellement sur la nécessité d'une distribution équitable des droits et obligations des parties

¹²⁴³ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoirs. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, op. cit., p. 146.

¹²⁴⁴ Article 42 du COCC : « *Libres de contracter ou de ne pas contracter, d'adopter toute espèce de clauses de modalités, les parties ne peuvent cependant porter atteinte par conventions particulières à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ».

¹²⁴⁵ Article 6 du Code civil : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

¹²⁴⁶ Article 1102, alinéa 2 du Code civil : « *La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ».

¹²⁴⁷ D. MAZEAUD, colloque sur « le solidarisme contractuel, mythe ou réalité », La Rochelle, 3 et 4 mai 2002.

¹²⁴⁸ Les pouvoirs contractuels que confèrent le droit positif étant par principe licites, seuls ceux qui sont d'origine conventionnelle seront concernés.

au contrat. À cet égard, nous pensons que la jouissance d'un pouvoir contractuel issue de la volonté autonome ne saurait être légitime lorsqu'elle vient rompre l'équilibre contractuel. En effet, comme il a été affirmé « *la clause attributive de pouvoir ne doit pas être la source de pouvoir contractuel arbitraire* »¹²⁴⁹ dès lors que « *l'arbitraire est l'ennemi de la structure contractuelle, et cela, dans la mesure où abandonner l'exercice d'un pouvoir contractuel aux considérations purement subjectives de son titulaire, revient à accepter le risque d'une mise en œuvre purement égoïste, faisant fi de l'intérêt du contractant* »¹²⁵⁰. Ainsi, sur la base de ces affirmations, en déclarant illicite une clause qui attribue des pouvoirs contractuels arbitraires lors d'un contrôle, le juge veille à ce que les intérêts de la partie faible ne soient pas laissés à la seule volonté potestative de l'autre partie. En pratique, dans un contrat d'approvisionnement exclusif, sera déclarée illicite la clause attributive de pouvoir contractuel qui donne au fournisseur le pouvoir discrétionnaire de la détermination du prix de chaque fourniture¹²⁵¹. En effet, lorsque, par stipulation contractuelle, la satisfaction des objectifs d'un contrat de distribution est laissée à la seule volonté unilatérale du fournisseur, les prérogatives contractuelles qui découlent de la clause attributive de pouvoir entrent inévitablement en conflit avec les intérêts légitimes du distributeur.

Ainsi, avant la réforme de 2016, seule la Cour de cassation, sur le fondement de l'ancien article 1129, alinéa 1^{er} du Code civil, refusait la validité des contrats-cadres dont la détermination du prix dépendait de la volonté discrétionnaire d'un seul contractant. Mais aujourd'hui, cette position est implicitement entérinée par le législateur, notamment dans l'article 1164, alinéa 2 du Code civil¹²⁵² qui emploie maintenant la notion d'abus pour contrôler la licéité du pouvoir contractuel de fixation unilatérale du prix prévu à l'alinéa 1^{er} dudit article¹²⁵³. En effet, même s'il faut constater qu'aucune disposition issue de la réforme de 2016, dédiée aux pouvoirs contractuels de source conventionnelle n'envisage explicitement la question du contrôle des clauses attributives de pouvoirs illicites ou arbitraires, nous pensons que la notion d'abus mentionnée à l'alinéa 2 de l'article 1164 permet implicitement ce contrôle.

¹²⁴⁹ M. CASSIÈDE, *Le pouvoir contractuel en droit privé*, Thèse Droit, Bordeaux, 2018, p. 410.

¹²⁵⁰ *Ibid.*

¹²⁵¹ Avant la réforme du droit des contrats, la Cour de cassation sollicitée déjà la disposition de l'ancien article 1129, alinéa 2 pour annuler un contrat-cadre en matière de distribution qui ne satisfaisait pas à l'exigence de déterminabilité dans la mesure où celui-ci laissait au fournisseur l'appréciation purement subjective de la détermination du prix de chaque fourniture. Cass. com. 7 novembre 1983, *Bull. civ.*, IV, n° 292. Cependant avec la réforme du droit des contrats, le nouvel article 1164, alinéa 1 et 2 du Code civil consacre dans les contrats-cadre, la possibilité pour l'une des parties de fixer discrétionnairement le prix, sous réserve d'abus.

¹²⁵² Article 1164, alinéa 2 : « *En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat* ».

¹²⁵³ Article 1164, alinéa 1 du Code civil : « *Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle de motiver le montant en cas de contestation* ».

Toutefois, ce sera au juge de caractériser l'abus d'une clause attributive de pouvoir de fixation du prix dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, dès lors que le législateur n'a pas défini la notion d'abus dans la fixation du prix, alors que dans les décisions d'assemblée plénière, la notion d'abus faisait déjà défaut.

742. Toutefois, en matière de potestativité d'une clause attributive de pouvoir de résolution unilatérale arbitraire, l'arrêt du 26 janvier 2022¹²⁵⁴ susvisé, la Cour de cassation qui censure une clause résolutoire pour défaut de réciprocité permet de mettre en évidence le contrôle de licéité des pouvoirs contractuels. Le pouvoir contractuel de source conventionnelle sera donc qualifié d'arbitraire lorsqu'il ne parvient pas à justifier un bien commun. Par conséquent, nous constatons que le contrôle des clauses attributives de pouvoirs contractuels par le recours au concept d'abus s'ouvre de plus en plus vers la limitation de la liberté contractuelle dans une optique de satisfaction du but commun. En effet, l'utilisation du concept d'abus constitue une tendance générale de contrôle des pouvoirs de droit privé, faisant de lui, comme l'avait relevé le Doyen Josserand, une traduction de « l'équité, de l'humanité, de la justice ou de l'interdépendance sociale »¹²⁵⁵ qui sont des considérations d'ordre moral. Nous pensons également que le principe de bonne foi, en raison de l'extension de son champ d'application, peut jouer ce rôle de sanction des comportements jugés immoraux ou inciviques, en permettant au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle.

743. Une similitude de méthodes de contrôle des clauses attributives de pouvoirs contractuels entre le droit français et le droit américain. Au regard des précédentes observations, il faut constater que le schéma du droit français de contrôle de jouissance de la clause attributive de pouvoir contractuel de source conventionnelle n'est pas pour autant distinct de celui du droit américain. En effet, en matière de discrétion contractuelle, le juge américain, pour exercer un contrôle sur la licéité de la clause, fait usage du mécanisme de la bonne foi prévue à l'article 205 du *Restatement Second of Contracts* qui implique de se conformer aux attentes justifiées qui découlent du contrat. Dans la jurisprudence constante américaine, pour les juges, l'une des parties doit de bonne foi prendre en compte dans la rédaction de la clause, les « *reasonable expectations of the parties* », c'est-à-dire les attentes légitimes des parties, lorsque le contrat lui permet d'exercer un pouvoir discrétionnaire.

¹²⁵⁴ V. *supra.*, n° 728.

¹²⁵⁵ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, Librairie Dalloz, Paris, 2^{ème} éd., 1939, p. 163 et s.

L'affaire *Cox c. CSXI Intermodal, Inc*¹²⁵⁶ est un exemple de courant de jurisprudence permettant au juge d'imposer une obligation implicite de bonne foi dans la jouissance d'un pouvoir discrétionnaire en vertu d'une clause contractuelle particulière. Dans cette affaire, des propriétaires exploitants de camions s'étaient engagés par contrat à transporter du fret pour CSXI en vertu d'une clause contractuelle qui stipulait, en partie, que « *cet accord ne doit en aucun cas être interprété comme un accord par CSXI de fournir (...) une quantité spécifique de fret ou un nombre spécifique de chargements à transporter par [l'entrepreneur] à un moment donné ou à un endroit donné* ». Pour le cocontractant, CSXI ne leur avait attribué que des chargements moins lucratifs sur de courtes distances, ce qui constituait un manquement à l'obligation de bonne foi. Pour le tribunal, bien que la bonne foi ne puisse pas modifier les conditions expresses prévues dans le contrat, elle limitait la capacité d'une partie « *à agir de manière capricieuse pour contrevenir aux attentes contractuelles raisonnables de l'autre partie* ». Dans cet esprit, les exigences éthiques et leur place dans la régulation des contrats d'affaires ne peuvent que s'accroître.

744. La carence de dispositifs de lutte contre les clauses attributives de pouvoirs contractuels arbitraires en droit sénégalais des contrats d'affaires. En droit positif sénégalais, il faut malheureusement constater une carence du phénomène de pouvoirs contractuels, en particulier l'enjeu de la lutte contre les clauses attributives de pouvoirs contractuels arbitraires. En effet, même si des dispositions éparses du COCC et de la nouvelle loi n° 2021-25 sur le prix et la protection des consommateurs prohibent les clauses abusives, aucune disposition d'ordre général ne prohibe explicitement, dans les contrats d'affaires, les clauses attributives de pouvoir contractuel de source conventionnelle dont les conditions de mise en œuvre dépendent de la seule volonté autonome, c'est-à-dire à l'arbitraire de leurs bénéficiaires. Face à cette carence, le plaidoyer qui peut être fait, serait celui d'une élaboration de dispositions spécialement adaptées à leur contrôle et leur sanction. Nous pensons qu'il serait toutefois possible de se référer à l'article 42 du COCC pour contrôler la jouissance des pouvoirs contractuels qui ne peuvent déroger à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

745. Le contrôle de la clause attributive de pouvoirs contractuels, source de déséquilibre « excessif » ou « significatif »¹²⁵⁷. L'usage de la volonté individuelle doit être fait

¹²⁵⁶ 732 So. 2d 1092 (Fla. Dist. Ct. App. 1999).

¹²⁵⁷ L'équivalence des notions que sont le déséquilibre « significatif » et le déséquilibre « excessif » a fait l'objet de controverse. En effet, pour certains auteurs le déséquilibre « significatif » au point de vue sémantique, n'est doté que d'un degré d'intensité inférieur au déséquilibre « excessif », alors que pour la plupart des auteurs ces standards sont identiques. V. not. dans présentation de cette controverse : C.-M. PÉGLION-ZIKA, *La notion de*

dans le but de satisfaire à des « valeurs objectives supérieures » : « *l'utilité économique, la justice sociale et la solidarité contractuelle* »¹²⁵⁸. La clause attributive de pouvoirs contractuels ne peut être qualifiée d'illicite que lorsque le déséquilibre présente un caractère « excessif » ou « significatif »¹²⁵⁹. À l'heure actuelle, certes, il est possible de constater que des dispositions de droit commun et de droit spécial du contrat sont dédiées à la sanction du déséquilibre « excessif » ou « significatif » en matière contractuelle. À notre sens, rien ne permet d'affirmer que, malgré la généralité de leurs termes, qu'elles sont adaptées à la sanction de l'illicéité des pouvoirs contractuels de source conventionnelle du fait de leur déséquilibre excessif. Si leur utilisation par le juge reste possible, leur application dans la pratique reste délicate au regard des conditions requises pour l'application de certains de ces textes¹²⁶⁰.

746. En résumé, traditionnellement, quand le juge est saisi pour un contrôle de licéité d'une clause attributive de pouvoirs contractuels, il s'intéresse principalement si la jouissance de celle-ci n'a pas donné naissance à un pouvoir arbitraire ou n'est pas source de déséquilibre contractuel « excessif » ou « significatif ». Son pouvoir de contrôle ne se limite pas que dans la phase d'examen de la jouissance du pouvoir contractuel. En effet, il est également appelé, selon les circonstances de l'affaire, à contrôler la mise en œuvre des pouvoirs contractuels d'origine conventionnelle.

B- Le contrôle de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels

747. L'intérêt du contrat pris en compte lors du contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels. À la différence du contrôle de licéité de la jouissance d'un pouvoir contractuel qui ne peut porter que sur celui de source conventionnelle, le contrôle de l'exercice d'un pouvoir contractuel peut non seulement porter sur celui-ci, mais aussi sur celui de source légale. Dans un contrôle de l'exercice d'une prérogative contractuelle, le juge s'assure au regard de

clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation, Thèse Droit. Paris 2, 2013, n° 320 et s., p. 250 et s.

¹²⁵⁸ C. THIBIERGE, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *op. cit.*, p.375.

¹²⁵⁹ Cette condition de déséquilibre « significatif » ou « excessif » pour retenir la qualification de clause attributive de pouvoir contractuel illicite figure dans plusieurs dispositions de droit commun et du droit spécial des contrats, notamment le nouvel article 1143 du Code civil sur l'abus de dépendance, l'article 1171 du Code civil, l'article L. 442-1 du Code de commerce.

¹²⁶⁰ Il est possible de faire référence au nouvel article 1143 du Code civil qui sanctionne tout « avantage manifestement excessif » qui aurait pour source l'exploitation d'une situation de dépendance. En utilisant la notion « d'avantage » sans la circonscrire, il semble être possible d'exercer un contrôle de licéité de la clause attributive de pouvoirs contractuels qui est un droit potestatif accessoire au contrat, sur le fondement du nouvel article 1143 du Code civil. En effet, « l'avantage excessif » peut découler, soit des obligations principales des parties au contrat, soit des droits et obligations accessoires au contrat. V. dans ces observations : M. CASSIÈDE, *Le pouvoir contractuel en droit privé*, *op. cit.*, p. 429.

l'aspect économique qui marque les contrats d'affaires, que celui-ci s'est déroulées dans le respect des intérêts du contractant qui subit la mise en œuvre de la clause attributive de pouvoir. Ainsi, en contrôlant l'exercice du pouvoir contractuel sur le fondement des intérêts du contractant, le juge oriente la puissance de la volonté autonome, comme l'a soutenu Monsieur E. Gounot « *dans le sens de la justice et du bien commun* »¹²⁶¹. Nous pouvons prendre l'exemple du contrôle de l'exercice d'une clause pénale attributive de pouvoir de réduction unilatérale du prix dans un contrat de distribution. En cas d'exécution imparfaite d'un contrat de distribution par l'une des parties, le pouvoir de réduction unilatérale du prix est mis en œuvre afin de corriger le bouleversement de l'équilibre contractuel initialement convenu. Il a ainsi été jugé, à propos de la mise en œuvre d'une clause pénale dans un jugement rendu le 6 janvier 2010 par le Tribunal de commerce de Lille sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce (nouvel article L. 442-1) que le distributeur, en « *imposant de manière unilatérale à ses fournisseurs des pénalités de retard à un taux journalier de 1 %, que même assorti d'un plafond de 10 %, ce taux est exorbitant et peut être qualifié d'usurière* »¹²⁶². C'est donc la mise en œuvre de la clause pénale attributive du pouvoir unilatéral de réduction du prix au grand distributeur Castorama qui est fustigé par le juge¹²⁶³. Le tribunal, en constatant un déséquilibre contractuel du fait de l'absence de négociation sur l'ensemble des termes du contrat, pose à cet effet « *le principe de réciprocité entre distributeur et fournisseur qui doit être recherché dans les négociations des termes du contrat* ». Il faut constater dans ces analyses que des concepts qui imprègnent la morale dans le contrat, tels que l'abus et la bonne foi, se révèlent implicitement dans le contrôle exercé par le juge sur la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel. En effet, les deux notions sont présentées par certains auteurs comme étant les instruments de référence du contrôle de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels de source conventionnelle ou légale. À ce propos, elles semblent sans doute permettre au juge de confronter l'usage des pouvoirs contractuels à l'appréciation de l'utilité et de l'intérêt du contrat pour les parties au

¹²⁶¹ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude de l'individualisme juridique*, op. cit. p. 198.

¹²⁶² T. com. Lille, 6 janvier 2010. (V. jugement p. 18 *in fine* et p. 19 al. 1).

¹²⁶³ Le juge dans sans décision reprend la clause attributive de pouvoir qui stipule que : « *Le fournisseur adressera un avoir pour chaque acompte ainsi que pour le solde et effectuera leur règlement par virement, au plus tard le dernier jour concerné.*

Par dérogation à toutes autres dispositions portant sur ce point, tout retard de paiement des sommes dues à leur échéance par le fournisseur, au titre du présent accord, entraînera de plein droit et sans qu'aucune mise en demeure ne soit nécessaire, l'application d'une pénalité de 1% du montant réglé par jour ouvré de retard, sans que cette pénalité puisse excéder 10% du montant réglé (...). Cette pénalité pourra être déduite de plein droit des règlements du fournisseur ».

contrat. Ainsi, le juge veille à ce que la mise en œuvre du pouvoir contractuel soit conforme au but objectivement défini par les parties ou à celui qui lui a été assigné.

748. Appréciation de la moralité du contractant dans la mise en œuvre de ses prérogatives contractuelles. Sur le fondement de la confiance créée par le titulaire d'un pouvoir contractuel du fait de son comportement à l'égard de son partenaire, la moralité peut être convoquée par le juge pour neutraliser l'exercice de cette prérogative. La confiance étant protégée lorsqu'il a un caractère légitime, l'exigence de cohérence faisant partie des attitudes imposées aux contractants est souvent mise en avant dans le cadre de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels. La jurisprudence n'a pas manqué d'apprécier cette exigence de cohérence de l'attitude du titulaire d'un pouvoir contractuel de résiliation unilatérale du contrat sur le fondement de la bonne foi dans deux arrêts du 5 avril 1994¹²⁶⁴ et du 29 janvier 2002¹²⁶⁵. En l'espèce, dans une affaire de concession à durée indéterminée, la résiliation unilatérale du contrat par le concédant a été considérée comme abusive par la Cour de cassation, lorsque celui-ci a, par son comportement et par ses paroles, incité le concessionnaire à procéder à de lourds investissements. Selon la Haute juridiction, lorsque le concédant incite le concessionnaire à réaliser des investissements, sans pour autant que ce dernier s'y prête volontairement et en toute autonomie, son comportement crée une croyance légitime chez le concessionnaire, qui lui prive de son pouvoir unilatéral de résiliation du contrat.

749. Dès lors, en posant un acte contraire lors de la mise en œuvre de son pouvoir de résiliation du contrat, c'est en toute logique que le concédant puisse être considéré comme fautif dans la mesure où la croyance légitime qui rejoint par analogie la méthode américaine de l'*estoppel* vient limiter sa liberté contractuelle¹²⁶⁶. Toutefois, il est important de noter que la faute sanctionnée en l'espèce qui consiste à tromper la confiance légitime de son cocontractant en mettant en œuvre le pouvoir de résiliation unilatérale du contrat est à distinguer de la faute

¹²⁶⁴ Cass. com. 5 avril 1994, *Bull. civ.* IV, n° 149 p. 118, CCC 1994, comm. n° 159 L. LEVENEUR ; *D.* 1995, p. 90, obs. D. MAZEAUD ; *RTD. civ.* 1994, p. 603, obs. J. MESTRE. La Cour de cassation relève que « la société Gauthier (le concessionnaire) a consenti, à la demande de la société Vag France (le concédant), d'importants efforts d'investissement et de publicité ». La Haute juridiction a alors confirmé l'arrêt d'appel qui avait jugé que « le concessionnaire avait manqué de loyauté en n'informant pas le concessionnaire de ses intentions de résilier le contrat ».

¹²⁶⁵ Cass. com. 29 janvier 2002, n° 00-11433, *RTD civ.* 2002, p. 810, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; CCC 2002, n° 124, note M. MALAURIE-VIGNAL. La Cour constate notamment « qu'en envoyant chez le concessionnaire, en octobre 1995, un consultant afin d'examiner les locaux et lui faire des recommandations, la société Renault l'a incité à effectuer les travaux préconisés ». Pour la Cour, l'arrêt de la cour d'appel qui a pu décider que la « société Renault avait commis une faute en résiliant le contrat dans ces conditions est alors confirmé sur ce point ».

¹²⁶⁶ D. MAZEAUD, « *La confiance légitime et l'estoppel* », *op. cit.*, spéc., n° 10, p. 370-371.

commise dans la rupture brutale d'une relation commerciale établie¹²⁶⁷. À cet égard, le contrôle judiciaire de l'exercice d'un pouvoir contractuel est donc de nature éthique parce qu'il est destiné à moraliser son titulaire, qui doit l'utiliser de bonne foi ou avec loyauté. Ainsi, nous pensons que ces différents modes de contrôle de mise en œuvre d'une prérogative contractuelle semblent privilégier la prise en compte de l'utilité économique des contrats d'affaires et les intérêts légitimes des contractants.

750. En définitive, nous avons pu constater que plusieurs fondements président la mise en place du contrôle de licéité et de mise en œuvre des pouvoirs contractuels de source conventionnelle et légale. À notre sens, certains sont d'ordre moral ou éthique, d'autres sont d'ordre socio-économique dans le but de garantir l'équilibre contractuel par la prise en compte des intérêts légitimes du contractant techniquement, juridiquement, et/ou économiquement faible.

751. Conclusion de la section 2. Bien que la volonté unilatérale ait acquis la valeur de principe qui confère aux parties un pouvoir initial de faire leur loi dans la relation contractuelle, au nom de la loi et de la morale contractuelle, sa puissance ne saurait outrepasser les règles impératives qui garantissent le respect de l'utilité et de l'intérêt du contrat. Incontestablement, les fondements de la force obligatoire des contrats d'affaires ont été renouvelés et cela semble apparaître à travers les exigences de respect à l'ordre public contractuel et des valeurs éthiques, auxquelles les contrats d'affaires tirent aujourd'hui leur légitimité.

752. Le contrôle des clauses abusives, de l'*unconscionability*, de la licéité des pouvoirs contractuels de source conventionnelle ou légale représente une adaptation progressive du droit positif à la réalité des pratiques contractuelle dans le monde des affaires naturellement marqué par des abus et des inégalités techniques, juridiques et/ou économiques qui ouvrent la voie à la domination de l'une des parties sur l'autre. Est-ce que le défi était relevé ? Si le droit français et le droit américain semblent être sur la bonne voie, le droit sénégalais n'a pas encore traité la question parce que très attaché à la tradition autonomiste de la volonté des parties qui interdit toute immixtion d'un tiers dans la détermination et la délimitation du contenu contractuel.

¹²⁶⁷ V. en ce sens : S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op. cit., n° 188, p. 150-15.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

753. L'insuffisance de l'autonomie de la volonté à fonder seule la force obligatoire du contrat. Au risque de laisser des situations inéquitables se développer dans les contrats d'affaires, tant sur le plan juridique que moral, le droit positif, comme l'avait souligné Monsieur Virassamy « *(se devait) de dépasser la vision archaïque des contractants libres, égaux et souverains dans leurs discussions contractuelles* »¹²⁶⁸. À travers des méthodes conceptuelles, nos développements ont permis de relever que le dogme de l'autonomie de la volonté ne pouvait seul fonder l'équilibre contractuel. En effet, la simple déduction d'une égalité de fait des parties au contrat ne pouvait plus à elle seule garantir l'utilité socio-économique du contrat et leurs intérêts légitimes. Face à la doctrine civiliste de la fin du XX siècle et à la doctrine de la *consideration* américaine, le mythe de la loi autonomiste a cédé le pas. Il faut admettre que le principe de l'autonomie de la volonté mise à l'épreuve par les exigences éthiques est devenu insuffisant pour être le seul fondement à la force obligatoire du contrat. Le principe d'équité semble aujourd'hui reconstruire ce concept en le logeant également dans l'intérêt et l'utilité du contrat.

754. Il ne fait plus aucun doute que les contrats d'affaires, à l'exemple du contrat de franchise, de sous-traitance, de concession commerciale, de distribution ne découlent pas souvent d'une libre négociation¹²⁶⁹. À cet effet, ce postulat permet de ne pas s'intéresser qu'au contrat, tel que prôné par les défenseurs de l'autonomie de la volonté, mais de s'intéresser autant à l'intérêt des contractants qu'au contrat lui-même. Cette conception était déjà présente en droit américain, qui considérait traditionnellement la force obligatoire du contrat comme découlant à la fois de la volonté des parties et de l'utilité économique de l'accord. Une tendance qui influence aujourd'hui le droit français à prendre en compte l'intérêt légitime des contractants.

755. Donc, la confiance qui était placée sur les professionnels dans leurs relations contractuelles ayant cédé la place au soupçon¹²⁷⁰ du fait de l'usage abusif de certaines prérogatives contractuelles, il fallait limiter les risques d'exploitation de la situation de dépendance ou de faiblesse de son cocontractant en lui imposant un déséquilibre contractuel

¹²⁶⁸ G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Thèse Droit, Paris I, LGDJ, 1986, préf. J. Ghestin, spéc., n° 1, p. 6.

¹²⁶⁹ J. MESTRE, « L'évolution contemporaine du droit des contrats », *op. cit.*, p. 46.

¹²⁷⁰ F. JACOMINO, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et pratiques restrictives de concurrence*, *op. cit.*, p. 1.

excessif. Pour y remédier, il fallait revoir le rapport que le contrat a avec la loi et la morale. Celles-ci occupaient une place résiduelle dans les relations contractuelles. Elles sont désormais des instruments au service du « dirigisme contractuel »¹²⁷¹ qui entend guider les comportements des parties sous-tendues par les règles d'ordre public économique. En effet, la loi étant l'expression du social, il est logique qu'elle se préoccupe des infinités inhérentes à presque tout contrat d'affaires afin de procéder à l'adaptation des volontés individuelles pour la satisfaction des intérêts individuels des parties au contrat. Reste néanmoins que ces objectifs de franchir les frontières du dogme de l'autonomie de la volonté entrent en concurrence directe avec les règles impératives et les valeurs éthiques destinées à neutraliser les effets impropres du contrat qui induisent un déséquilibre, non seulement dans le marché, mais aussi à l'égard des parties. En effet, l'incursion de l'ordre public contractuel dans la théorie du contrat vient ajouter une difficulté supplémentaire dans la mesure où son articulation avec le dogme de l'autonomie de la volonté en pratique demeure naturellement difficile¹²⁷².

756. Centre de gravité des contrats d'affaires, l'équilibre contractuel occupe une place privilégiée lorsqu'il s'agit de garantir la satisfaction de l'utilité du contrat et des intérêts individuels des parties. Cette place privilégiée, l'équilibre contractuel l'occupe également dans la recherche de la justice contractuelle parce que, comme l'affirme L. Roland, « *l'autonomie de la volonté, posée comme principe général, demeure, mais circonscrite, limitée, encadrée par un autre principe général, la justice contractuelle* »¹²⁷³.

¹²⁷¹ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés*, 3^e éd., Recueil Sirey, 1939, p. 11.

¹²⁷² F. JACOMINO, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et pratiques restrictives de concurrence*, op. cit., p. 368.

¹²⁷³ L. ROLLAND, « « Qui dit contractuel, dit juste. » (Fouillée)... en trois petits bons, reculons », op. cit., p. 769.

Chapitre 2 : La recherche commune d'une justice contractuelle propre aux contrats d'affaires

757. La force obligatoire du contrat fondée sur la volonté autonome transcendée par la justice contractuelle. Pour la plupart des auteurs, c'est dans le sens donné à la justice commutative que la conception de la justice contractuelle se rattache le plus¹²⁷⁴. En effet, selon le Professeur J. Ghestin, promoteur de ce concept, « *en matière contractuelle, c'est la justice commutative ou corrective qui joue le rôle le plus caractéristique* »¹²⁷⁵. L'auteur définit la notion de justice contractuelle comme un concept qui « *conduit à exiger que le contrat ne détruise pas l'équilibre qui existait antérieurement entre les patrimoines ; ce qui implique que chacune des parties reçoive l'équivalent de ce qu'elle donne* »¹²⁷⁶. Au regard de cette approche, il est tout à fait logique que le contrat d'affaires qui est un lieu d'échange de valeurs¹²⁷⁷ soit soumis au principe de la justice contractuelle¹²⁷⁸, garant des attentes légitimes.

758. Au-delà de toutes ces précisions permettant d'avoir un premier aperçu sur la conception de la justice contractuelle, ce chapitre a pour objectif d'examiner les principales notions empreintes de moralité contractuelle développées par la doctrine dont la justice contractuelle est l'objet. Il s'agit des notions d'« altruisme » et de « contrat relationnel » qui, à travers un impératif de moralité contractuelle, permettent de restaurer un certain équilibre dans les relations d'affaires. Pour corriger les inégalités et les dépendances qui président parfois les contrats d'affaires, il faut réussir à intégrer dans le contrat, l'obligation de prise en compte des intérêts d'autrui. C'est dans cet ordre d'idée que la Professeure C. Thibierge relève que : « *la sécurité juridique, aspiration essentielle de la théorie générale, ne constitue cependant pas l'unique priorité. Elle se combine avec un souci croissant de justice contractuelle* »¹²⁷⁹.

759. Plan. La recherche de la justice contractuelle sera étudiée ici sous l'axe des concepts moraux qui la sous-tendent. Nous verrons alors dans un premier temps le recours à la notion d'« altruisme » pour atténuer les inégalités contractuelles (**Section 1**). Dans un second

¹²⁷⁴ V. notamment : J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *op. cit.*, p. 5 ; A. SERIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., Coll. Droit fondamental, Paris, PUF, 1998, p. 761 ; L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p. 177.

¹²⁷⁵ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *op. cit.*, p. 5.

¹²⁷⁶ *Ibid.*, p. 6.

¹²⁷⁷ P.-Y. CHAUDOUET, *L'équilibre significatif*, préf. N. Ferrier, Coll. Biblio. de droit privé, Paris, LGDJ, 2021, p. 298, n° 384.

¹²⁷⁸ J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Dalloz*, juin 1990, n° 23, p. 150.

¹²⁷⁹ C. THIBIERGE, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *op. cit.*, p. 357.

temps, nous traiterons la question du recours à la notion de « contrat relationnel » pour garantir le rééquilibrage du contrat (**Section 2**).

Section 1 : Le recours homogène à l'altruisme pour atténuer les inégalités contractuelles

760. L'« altruisme », vecteur de justice contractuelle. « *Le souci n'est plus seulement d'être juste ; il est aussi d'être altruiste* », ¹²⁸⁰ affirme la Professeure C. Thibierge. Cette affirmation du souci de l'altruisme dans les contrats d'affaires, nous allons également la retrouver dans les obligations mises à la charge du franchiseur et du franchisé dans le contrat de franchise. Il s'agit notamment de l'obligation de transmission du savoir-faire, de l'obligation d'assistance technique et commerciale, de l'obligation pour le franchisé de réitérer la réussite du franchiseur en gardant le secret des éléments du savoir-faire transmis.

761. Ainsi, il nous apparaît que l'association du contrat avec le concept d'altruisme ne relève pas de l'utopie comme l'avaient prétendu certains auteurs ¹²⁸¹. En effet, comme le souligne le Professeur D. Mazeaud, il est difficile de « *partager l'idée que le droit des contrats doit être conçu en fonction de l'homme tel qu'il est et non tel qu'on voudrait qu'il fût (...) un juriste doit s'efforcer de faire passer dans le droit son idéal moral (...)* » ¹²⁸². Ces dernières années, au regard de la nouvelle philosophie contractuelle axée sur le redressement de la justice contractuelle qui apparaît dans une multitude de règles édictées, la tendance est de tempérer l'idée de contrat individualiste, libérale et caractérisée par des intérêts antagonistes ¹²⁸³.

762. Plan. Pour donc réagir aux excès d'individualisme dans les relations d'affaires décrites traditionnellement comme caractérisées par des intérêts antagonistes, ont été introduites au sein du contrat des exigences, d'une part, de protection des intérêts économiques

¹²⁸⁰ *Ibid.*

¹²⁸¹ V. notamment : F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 11^e éd., 2013, n° 42, spéc. pp. 47-48. « *prétendre que l'individualisme et ses corollaires, notamment l'idée que chaque homme doit veiller par priorité à ses intérêts, seraient supplantés... par la solidarité et la fraternité qui uniraient naturellement tous les membres du genre humain ne témoigne pas d'une connaissance approfondie des ressorts de l'âme humaine* » ; Ph. DELEBECQUE, note sous Cass. civ. 2^e, 19 juin 1996, D. aff. 1996, p. 1028, Defrénois 1996, art. 36434, p. 1373 : Le contrat « *n'est et ne doit pas être une œuvre de charité. [Il] repose avant tout, comme l'a écrit et dit le doyen Carbonnier, sur un "antagonisme d'intérêts" et doit permettre tout simplement de faire de bonnes affaires. S'il faut réprimer les manœuvres déloyales, il n'est pas nécessaire d'encourager le sentimentalisme* ».

¹²⁸² D. MAZEAUD, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, Paris, 2004, p. 57, spéc., p. 58.

¹²⁸³ S. LEBRETON, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes. Étude particulière aux contrats de distribution*, préf. M. Pédamon, av-propos J. Monéger, Litec, 2002, p. 227, n° 159.

de la partie faible (**Sous-section 1**), et d'autre part, de coopération qui est perçue comme un nouveau paradigme juridique des contrats d'affaires (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 : Une convergence de la protection de la partie faible dans les contrats d'affaires

763. L'ouverture du droit contractuel contemporain à certaines valeurs rationnelles. Le renouvellement des fondements du contrat a ouvert la voie à la réception de l'altruisme, placée à l'opposé de l'individualisme. La première valeur qui découle de la notion d'altruisme, rattachée à la fraternité¹²⁸⁴, est celle de la prise en compte de la situation contractuelle d'autrui afin de lui apporter l'aide et l'assistance qu'il faut pour la satisfaction de ses intérêts. Cette dimension moralisatrice de l'altruisme dans les relations d'affaires apparaît dans l'exigence de prise en compte de la situation de faiblesse de son cocontractant.

764. Largement entamée en doctrine, en jurisprudence, en droit spécial des contrats, la protection de la partie faible trouve sa place parmi les fondements les plus divers qui ont été avancés pour justifier l'évolution de la conception classique du contrat. Elle est aujourd'hui matérialisée dans les droits positifs. Le projet de réforme du droit des contrats spéciaux en droit français et le projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit commun des contrats paraissent recevoir un élan dans ce sens.

765. Plan. Aujourd'hui, il est évident que la reconnaissance progressive de l'existence de la situation de faiblesse de certains professionnels apparaît sous le prisme de l'altruisme comme un moyen de justice contractuelle (**A**). Ainsi, leur protection dans les contrats d'affaires est appréhendée comme une fin de justice contractuelle assignée qui demeure fragile (**B**).

A- La reconnaissance progressive du statut de contractant faible dans les contrats d'affaires

766. L'identification d'une partie faible, une facette de la moralisation des contrats d'affaires. Il aura fallu attendre les profondes mutations sociétales¹²⁸⁵ et les bouleversements de l'atmosphère contractuelle, avec l'apparition de nouveaux types de contrats pour prendre

¹²⁸⁴ V. notamment : M. BEDJAOUI, *La « fraternité », concept moral ou principe juridique ?*, Introduction générale, in *La fraternité*, ACCPUF, Paris, 2004, spéc. pp. 20-21 ; A. SUPLOT, *La fraternité et la loi*, op. cit., spéc. p. 119 ; V. C. RENOUVIER, *Manuel républicain de l'homme et du citoyen (1848)*, éd. Garnier frères, Paris, 1981, pp. 153-154.

¹²⁸⁵ V. notamment sur la question de la mutation sociétale après le Code civil : F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, op. cit., n° 33, et s., p. 38 et s.

conscience de la nécessité de reconsidérer l'idée d'égalité de fait entre contractants dans les contrats d'affaires. À notre sens, les disparités entre les parties au contrat sont devenues suffisamment choquantes pour que les acquis de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle soient remis en cause, avec l'émergence d'un nouveau statut de partie la faible au contrat. Cette dernière, que le droit entend protéger, comme le souligne Monsieur F. Maume dans sa thèse, est le « *contractant ne pouvant exercer pleinement son libre arbitre, à cause d'une situation particulière d'inégalité entre celui-ci et son contractant* »¹²⁸⁶. Même si le statut de partie faible n'était pas inscrit implicitement dans la loi jusqu'à la réforme de 2016 du droit des contrats français, de l'adoption du *UCC* et du *Restatement Second of contracts* américains, du COCC et de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général OHADA, elle était déjà connue du droit français et du droit américain en matière contractuelle.

767. Le plaidoyer de la reconnaissance d'une égalité purement théorique des contractants dans les contrats d'affaires, amorcé en droit français par la doctrine. En droit français, la doctrine utilisait déjà cette notion en dehors des lois. Josserand est l'un des premiers auteurs à avoir défendu la protection de la partie faible dans une conférence intitulée « *La protection des parties faibles par le droit* »¹²⁸⁷, donnée en 1934 à l'École française de droit de Beyrouth. Comme Josserand, le doyen G. Ripert considérait qu'il y avait un point de rupture entre l'égalité abstraite et la réalité. Il soulignait notamment que « *c'est pure imagination, et, dans la réalité, le jeu du contrat est bien différent. L'égalité qui y règne est purement théorique. C'est une égalité civile, c'est-à-dire de condition juridique, mais non une égalité de force* »¹²⁸⁸. Au regard de ces constatations, il fallait alors revenir à la considération de la situation de faiblesse de certains contractants dans les contrats d'affaires. À cet effet, ces catégories de contractants, au regard de la nature du contrat conclu, qui les rendent techniquement et/ou économiquement vulnérables, doivent être protégées par le droit. Ainsi, l'hypothèse courante selon laquelle les contrats d'affaires sont marqués par « *une logique d'indépendance juridique* » fait face à la réalité de la pratique des affaires, où l'une des parties, le plus souvent en position de faiblesse économique, s'engage dans un rapport juridique qualifié de « *contrat de dépendance* »¹²⁸⁹. En revanche, si le besoin de protéger la partie faible au contrat a été un sujet

¹²⁸⁶ F. MAUME, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle*, Thèse Droit, Évy, 2015, n° 30, p. 29.

¹²⁸⁷ L. JOSSERAND, « La protection de la partie faible par le droit », in *Évolutions et Actualités, conférences de droit civil*, Sirey 1936, p. 159 et s.

¹²⁸⁸ G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, spéc., n° 92, p. 178.

¹²⁸⁹ V. pour la définition de la notion de « *contrats de dépendance* » : G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, op. cit. n° 226, p. 162. Ce sont des « *contrats régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des partenaires, l'assujetti,*

porté par la doctrine en droit français, en droit américain, il nous semble que c'est la jurisprudence qui a, dès le début, pris l'initiative d'établir un régime spécial de protection de la partie faible.

768. L'origine prétorienne de la reconnaissance du statut de partie faible au contrat en droit américain. Tout comme en droit français, la reconnaissance du statut de « partie faible » en matière contractuelle n'est pas absente en droit américain. En effet, avec l'introduction du concept d'*unconscionability*, érigé au rang de théorie en droit des contrats américains, un contractant ne peut subir d'injustice qui vient heurter la conscience humaine parce que déraisonnable. Il s'agirait, soit pour des faits procéduraux, c'est-à-dire une absence d'engagement libre pour défaut d'éléments d'informations suffisantes ; soit pour des faits substantiels, c'est-à-dire des clauses abusives qui lèsent une partie au bénéfice de l'autre. L'*unconscionability* était donc un principe déjà appliqué par les tribunaux américains, tiré de l'*Equity*. Ainsi, en s'appuyant sur les décisions rendues par les tribunaux, Skelly Wright définit ce concept d'*unconscionability* comme : « *une absence de choix significatif de la part de l'une des parties ainsi que les termes contractuels qui sont déraisonnablement favorables à l'autre partie (...) la possibilité d'un choix judicieux est réduite à néant par une inégalité flagrante du pouvoir de négociation* »¹²⁹⁰. Très proche du concept d'abus de dépendance consacré par le Code civil lors de la réforme de 2016, le concept d'*unconscionability* est donc destiné à protéger les contractants dont la liberté contractuelle est affaiblie, principalement en raison de leur situation de dépendance technique et/ou économique. Cette situation apparaît sur des rapports contractuels que le juge américain définit comme une relation « *qu'aucun homme censé dans son état normal ne proposerait d'un côté, et qu'aucun homme honnête et juste n'accepterait de l'autre côté* »¹²⁹¹.

769. Au regard de ces différents raisonnements, malgré les rapprochements relevés quant à l'appréhension de la notion de partie faible en droit français et en droit américain, il faut en revanche distinguer les mécanismes d'identification de la « partie faible » dans les deux systèmes juridiques. En effet, contrairement au droit français des contrats qui a privilégié la réglementation du contenu des contrats pour identifier les parties faibles, précédée d'un

se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination ».

¹²⁹⁰ J. Skelly Wright Papers, 1962–1987, Box 77, Folder 1965 September term, Manuscript Division, Library of Congress

¹²⁹¹ *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965).

plaidoyer doctrinal, avant d'instaurer à cet effet un contrôle judiciaire ; en droit américain des contrats, c'est le mécanisme du contrôle judiciaire qui a tout d'abord été favorisé. En effet, une grande liberté est laissée aux juges dans leur rôle d'identification des contractants potentiellement faibles par le biais du pouvoir qui leur est accordé de déterminer si une clause ou un contrat est *unconscionable* sur le fondement du concept de raisonnable.

770. La reconnaissance résiduelle du professionnel comme une partie faible dans les contrats d'affaires en droit sénégalais. En droit sénégalais, même si le sort de la partie faible dans les contrats d'affaires n'a pas fait l'objet d'une attention particulière, il faut constater que la problématique de la situation de faiblesse est abordée de façon résiduelle. En effet, traditionnellement, le droit positif sénégalais accorde la place de « partie faible » en matière contractuelle, au consommateur¹²⁹², au non professionnel ou à l'illettré. Ce dernier bénéficie d'une protection qui lui accorde l'article 20 du COCC qui exige qu'il soit assisté de deux témoins certificateurs lettrés de connaissance de la teneur et des effets de l'acte pour que celui-ci puisse être valable¹²⁹³. Toutefois, depuis un arrêt récent en date du 5 juin 2024¹²⁹⁴, la première Chambre civile et commerciale de la Cour suprême de Dakar par un revirement, semble réduire cette protection de l'illettré en mettant à sa charge une formalité. En effet, le juge retire à l'illettré la protection dont il a pu bénéficier de l'arrêt Bocar Samba Dièye, sur simple présomption de sa situation de vulnérabilité dans le but de protéger son consentement. Désormais la Cour met à la charge de l'illettré une obligation d'informer de sa situation afin de bénéficier de l'assistance de deux témoins certificateurs de l'acte pour une protection de son consentement.

771. En revanche, après ces quelques observations, en droit positif sénégalais, nos analyses relèvent que la prise en compte d'une potentielle situation de faiblesse du contractant n'est pas totalement absente des textes. En effet, la consécration de certaines obligations, à l'exemple de celle d'information en droit OHADA, en droit UEMOA et dans le Code des assurances CIMA¹²⁹⁵, ne s'éloigne pas également de l'idée de garantir une protection à la partie faible. Mais, il faut se rendre à l'évidence que l'extension de la qualité de « partie faible » dans

¹²⁹² Cela apparaît même à travers la nouvelle loi n° 2021-25 du 12 avril 2021 relative aux prix et à la protection du consommateur.

¹²⁹³ V° Cour suprême de Dakar, 2 mai 2019, n°43, Bocar Samba Dièye c/ la CBAO groupe Attijari Wafa Bank SA.

¹²⁹⁴ Cour suprême de Dakar, 5 juin 2024, n° 56. Pour la Cour : « si l'illettré ne révèle pas son illettrisme ou que cet état est inconnu du notaire, le recours aux témoins certificateurs n'est pas obligatoire s'il est avéré qu'il était en mesure de comprendre la nature et les effets de l'acte ».

¹²⁹⁵ V° *Supra* n° 188 et s.

les contrats d'affaires demeure marginale en droit interne sénégalais. Nous pensons qu'en ce sens, rien n'est moins sûr que les rédacteurs du COCC aient prévu une quelconque protection pour la « partie faible » en matière contractuelle. Le cas de la lésion prévu à l'article 75 du COCC¹²⁹⁶ en témoigne. En effet, à l'instar du droit français, la lésion qui est réservée au contrat synallagmatique ne fut pas introduite dans le COCC ni pour protéger la partie faible ni pour sanctionner un déséquilibre du contrat qui porterait atteinte au bon fonctionnement des échanges sur le marché. Mais, il faut relever que, dans les deux systèmes juridiques, ce rejet connaît quelques exceptions dans les cas prévus par la loi permettant de demander la nullité du contrat pour lésion. C'est l'exemple, d'une part en droit français, de l'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce qui permet, dans les relations commerciales, à la partie faible d'invoquer la lésion¹²⁹⁷, et, d'autre part, en droit sénégalais, de l'article 76 de la loi n° 2021-25 qui est uniquement réservé à la protection du consommateur, qui, sur le fondement de la prohibition de l'abus de dépendance, interdit au professionnel « d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance du cocontractant en vue de lui faire souscrire des engagements (...) pour se faire remettre, sans contrepartie réelle, des sommes en numéraire ou par virement, etc. ».

772. Ainsi, pour l'heure, le rejet de la lésion en droit sénégalais ne souffre d'exceptions que dans les contrats entre professionnels et consommateurs. Toutefois, nous pensons qu'aujourd'hui, avec les mutations socio-économiques qui ont engendré la naissance de nouveaux modèles de contrats d'affaires, à l'exemple du contrat d'adhésion, celui-ci est un outil dont le droit sénégalais devrait s'approprier pour protéger la partie faible.

773. Le statut de la partie faible dans les contrats d'adhésion. L'émergence et l'utilisation de « contrats types » dans les opérations de production et de distribution de masse, qualifiées par certains de « contrats d'adhésion »,¹²⁹⁸ sont sans doute les conséquences inévitables de la situation de faiblesse de certains contractants. Par conséquent, la situation de partie faible qui n'est plus une donnée juridique réservée au seul consommateur, a changé en

¹²⁹⁶ Il dispose que : « la lésion résultant du déséquilibre des prestations promises dans le contrat au moment de sa formation n'entraîne la nullité ou rescision du contrat qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi ».

¹²⁹⁷ Aux termes des disposition de l'article 442-1, I, 1° du Code de commerce, est sanctionné le fait « d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ».

¹²⁹⁸ V. notamment les premiers travaux sur cette notion : J. DOLLAT, *Les contrats d'adhésion*, Thèse Droit, Paris, 1905 ; V. PICHON, *Des contrats d'adhésion. Leur interprétation et leur nature*, Thèse Droit, Lyon, 1909 ; G. DEREUX, « De la nature juridique des contrats d'adhésion », *RTD civ.* 1910, p. 503 et s. ; M. Domergue, *Les contrats d'adhésion*, Thèse. Toulouse, 1936. Et de manière plus contemporaine : C. BRIEND, *Le contrat d'adhésion entre professionnels*, Thèse Droit, Sorbonne Paris Cité, 2015 ; V. aussi, encore plus récemment : H. VILLAIN, *Contrat d'adhésion et justice contractuelle : étude comparé franco-québécoise*, Thèse Droit, Lille, 2022.

profondeur. L'observation est certes exacte, mais il faut relever que la véritable question de protection de la partie faible dans un contrat d'affaires ne découle pas de la disproportion informationnelle ou simplement économique. Il s'agit bien davantage d'unions d'obligations déséquilibrées et d'une absence d'égalité naturelle entre contractants¹²⁹⁹ face aux nouveaux modèles de contrats d'affaires qui changent la façon de contracter. Par conséquent, tout contractant devint une partie potentiellement faible, que l'on soit profane ou professionnel. À titre d'illustration, le franchisé, le sous-traitant, le distributeur exclusif, l'agent commercial, le concessionnaire, *etc.*, obligés de se consacrer souvent exclusivement à la réalisation personnelle et économique du but prévu dans le contrat, sont placés dans une situation de dépendance qui les rend faibles vis-à-vis de leurs partenaires. En effet, les difficultés liées, en cas de rupture du contrat, de devoir démarcher de nouveaux partenaires réduisent considérablement leur marge de manœuvre dans ces modèles de « contrats dépendances ».

774. Ainsi, pour redéfinir les contours de la protection du professionnel reconnu comme partie faible, le concept d'altruisme a émergé dans les contrats d'affaires sous couvert de la prescription de certaines normes qui intègrent la morale dans les contrats d'affaires afin de reconnaître l'existence de contractants faibles. C'est notamment l'exemple de l'obligation d'information¹³⁰⁰, l'abus de dépendance¹³⁰¹, la prohibition du contenu excessif, de *l'unconscionability*, *etc.*, qui figurent dans les législations du droit français, du droit sénégalais et du droit américain, et qui tendent à la protection de la partie faible dans un contrat d'affaires. Aujourd'hui, il est possible de soutenir que deux appréhensions marquent le besoin de protection de la partie faible en matière contractuelle : une « conviction humaniste », et la « nécessité pratique » en vue de moraliser les contrats d'affaires par essence inégalitaires et déséquilibrés.

775. En somme, le statut de la partie faible en matière contractuelle, notamment dans les contrats d'adhésion ou de dépendances, inspire la pensée doctrinale et la jurisprudence¹³⁰² sur des décisions rendues afin de rétablir l'égalité contractuelle rompue par le déséquilibre

¹²⁹⁹ C. THIBIERGE, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *op. cit.*, p. 378, n° 28.

¹³⁰⁰ V. *supra*, n° 108 et s.

¹³⁰¹ V. *supra*, § 115 et s.

¹³⁰² V. à titre d'ex. : Cass. civ. 1^{er}, 7 juin 1989, *Bull. civ.* I, n° 232 ; Cass. com., 2 mai 1990, *Bull. civ.* IV, n° 133. Pour M. Testu, « il arrive que la jurisprudence impose l'existence d'une obligation de renseignement même lorsque le cocontractant fait figure de professionnel spécialisé, et sans pour autant caractériser un rapport contractuel inégalitaire ». F.-X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G* 1993, I, 3673, spéc., n° 28.

procédural et/ou structural du rapport contractuel. Toutefois, il faut admettre que la reconnaissance du statut de professionnel comme un contractant faible demeure fragile.

B- La reconnaissance fragile du statut de contractant faible dans les contrats d'affaires

776. Une approche implicite de l'intuition altruiste de protéger le faible dans les contrats d'affaires. Tout comme le consommateur qui demeure indéniablement un contractant faible, certains contractants professionnels peuvent également se retrouver dans la même position dans le cadre de leurs relations d'affaires. Mais *de lege lata* ils sont exclus de la protection accordée aux consommateurs par le droit de la consommation, à l'exception marginale des contrats conclus en dehors de ses activités économiques permanentes ou habituelles. Face à cette absence de reconnaissance explicite du statut de professionnel, considéré comme « partie faible » du fait de la domination illégitime du fort, la nécessité de sa protection, largement partagée¹³⁰³, notamment par la doctrine solidariste¹³⁰⁴, est rattachée à l'exigence morale de l'altruisme. Ainsi, cette dernière tend à donner à la protection du professionnel, partie faible, toutes ses chances de se manifester dans les contrats d'affaires afin de sanctionner le manquement moral du contractant qui aura profité de sa position de domination technique, juridique et/ou économique.

Au regard de ces analyses, nous pouvons constater que la situation de faiblesse du professionnel dans le cadre de ses relations d'affaires fait l'objet d'une attention avérée en doctrine et en jurisprudence. En revanche, il faut admettre que sa protection par le droit positif manque de clarté. Elle se fait de façon implicite dans les textes de loi déjà instaurés pour la protection d'autres catégories de contractants, donc utilisés souvent de manière inappropriée.

777. Le manque de clarté de la reconnaissance juridique du statut de contractant faible dans les contrats d'affaires. Au-delà des observations précédentes qui permettent d'affirmer la reconnaissance implicite du statut de contractant faible, celle-ci a rencontré une résistance, tant au niveau doctrinal qu'au niveau législatif. En effet, le mouvement favorable au libre marché était très influent, et l'encadrement juridique de la protection juridique du contractant en situation de faiblesse n'était pas clair dans les contrats d'affaires. Le contractant professionnel en situation de faiblesse fait face à un déficit de protection dans le cadre de ses

¹³⁰³ C. BRIEND, *Le contrat d'adhésion entre professionnel*, *op. cit.*, p. 10.

¹³⁰⁴ V. notamment : D. MAZEAUD, T. GÉNICON, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC*, 2012, 276 ; G. PARLÉANI, « Le devenir du déséquilibre significatif », *AJCA*, 2014, 104. D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *op. cit.*, p. 633.

relations d'affaires avec d'autres professionnels. Le motif qui est souvent évoqué est celui de ses aptitudes et de ses connaissances dans le cadre de ses activités habituelles. Il est vrai que le droit classique des contrats en droit français, en droit sénégalais et en droit américain, est fondé sur le modèle économique du libre marché¹³⁰⁵. Pour les tenants de cette doctrine, « *le contractant n'est ni fort ni faible, ou plutôt, le traitement de l'opération contractuelle est égal que l'une des parties soit fort ou faible* »¹³⁰⁶. Le droit des contrats a donc toujours été réticent à prendre en considération la puissance ou la vulnérabilité des contractants qui découle des inégalités techniques, juridiques et/ou économiques. C'est pourquoi, au début de la codification de la matière contractuelle, aussi bien en droit français, en droit sénégalais, qu'en droit américain, l'inégalité de fait n'a pas été envisagée par les législateurs, mais uniquement les inégalités de droit. En ce sens, au regard du dogme de l'autonomie de la volonté, la relation contractuelle était censée être symétrique du moment où les parties étaient les meilleures juges de leurs intérêts du fait de leur soumission volontaire dans la relation contractuelle¹³⁰⁷. Certes le phénomène des contrats d'adhésion et des « contrats de dépendance » oblige à remettre en question le traitement différencié de la situation de faiblesse du consommateur, de celle du professionnel dans ses relations d'affaires. Mais, nous pensons qu'elle se fait de façon résiduelle dans les textes par l'extension des mécanismes de protection prévus au profit du contractant non professionnel, à l'exemple de l'obligation d'information ou du contrôle des clauses abusives.

778. La protection de la partie faible en droit américain basé sur de simples recommandations. En droit américain, dans la deuxième moitié du XX^e siècle, le mouvement, les *Critical Legal Studies*, considère que les règles sur les incapacités assurent une protection dérisoire à l'équilibre contractuel. Ils ont, à cet effet, insisté sur la nécessité pour les juges de s'intéresser davantage aux données concrètes des relations obligationnelles et de l'inégalité des parties. Mais, dès lors que ce sont des recommandations, les juges bénéficient d'un pouvoir souverain de les mettre en œuvre, ce qui fragilise la protection effective du contractant faible dans les contrats d'affaires. Toutefois, les tribunaux américains ont eu l'occasion dans quelques rares décisions d'appliquer ces recommandations qui sont complétées par la section 2 302 du UCC et la section 208 du *Restatement Second of Contracts* qui sont des règles implicites de

¹³⁰⁵ J. GHESTIN, *Les obligations. Le contrat : formation*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1982, n° 35, p. 22 ; P. S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

¹³⁰⁶ G. LOISEAU, « Les droits du contractant vulnérable : droit commun », in S. Le Gac-Pech (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, Larcier, 2016, p. 125.

¹³⁰⁷ G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, op. cit., p. 177, n° 92.

protection du contractant professionnel en situation de faiblesse, dès lors que le législateur à préciser qu'elles ne sont pas limitées à la seule protection du consommateur contre les clauses abusives. Dans l'affaire *Sosik v. Albin Marine, inc.*¹³⁰⁸, en s'interrogeant sur le niveau de connaissance du marché d'un professionnel dans une relation entre commerçants, le tribunal a souligné que « *la partie était un commerçant ou un homme d'affaires dans la conduite de son entreprise, mais non un commerçant pour la transaction en question* »¹³⁰⁹. En l'espèce, une société de service de location avait acheté un bateau chez un vendeur. Le propriétaire de la société avait auparavant dirigé une entreprise de construction, puis une entreprise de traitement de cartes de crédit. Dans sa décision, le tribunal a noté que le vendeur de bateaux était « *un grand détaillant de bateaux expérimenté et d'autre part, l'acheteur était une personne relativement inexpérimentée, en particulier dans le domaine de l'achat de bateaux destinés à une utilisation commerciale* »¹³¹⁰. Au regard de ces éléments, le tribunal a retenu qu'il était inadmissible qu'une clause de non-responsabilité figure dans le contrat de vente dans la mesure où les parties n'étaient « *pas de niveau commercial égal* »¹³¹¹ et que l'acheteur était « *particulièrement peu sophistiqué* »¹³¹². En considérant la clause comme *unconscionability*, le tribunal a pu établir l'existence d'un rapport de force entre les parties, et finir par protéger le professionnel, partie faible. Ainsi, contrairement au droit français qui cherche à délimiter de façon stricte la qualité des deux parties au contrat pour établir leur protection en cas de clause abusive, le droit américain se préoccupe plutôt de la détermination du rapport de force qui pourrait exister entre ces derniers.

779. Au regard de ces observations, il est possible de soutenir qu'aux dépens des contrats d'adhésion ou de « dépendance », l'altruisme pourrait trouver sa place parmi les instruments de référence de protection de la partie faible et constituer à cet effet le support implicite parfait. En effet, l'analyse de certaines dispositions nous a permis d'identifier son rôle indispensable dans le traitement des contrats entre professionnels structurellement déséquilibrés et dans l'identification du contractant en situation de faiblesse. À titre d'exemple, en droit français de la concurrence, le nouvel article L. 442-1 et l'article L. 442-6 I du Code de commerce font partie des dispositions récentes les plus lumineuses de protection de la position

¹³⁰⁸ *Sosik v. Albin Marine, Inc.*, No. 020539B, (Mass. Superior Court 2003)

¹³⁰⁹ “ (...) *the party was a merchant or businessperson in the conduct of his business, but not a merchant for the transaction in question*”.

¹³¹⁰ *Sosik*, 2003 WL 21500516, at *7. “*a large, experienced boat retailer [and] on the other hand, [the purchaser was] a relatively inexperienced individual, particularly in the area of purchasing boats to be used commercially.*”

¹³¹¹ “*not of equal commercial sophistication*”.

¹³¹² “*particularly unsophisticated*”.

de faiblesse du professionnel. Ces dispositions ont deux objectifs. Il s'agit tout d'abord d'assurer la sauvegarde de la concurrence¹³¹³. Ensuite, traiter la question de la partie en position dominante qui exploite la position de faiblesse de son partenaire. Ce rapport de force inhérent à certains contrats d'affaires, lequel n'est pas uniquement circonscrit aux contrats entre professionnels et consommateurs, est également pris en compte par la section 2 302 du *UCC* et la section 208 du *Restatement Second of Contract*. Ces dispositions ne limitent pas l'application de l'*unconscionability* aux seuls consommateurs. Outre, même s'il n'est pas encore adopté, le projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats prend implicitement en compte la situation de faiblesse du professionnel. En effet, l'article 113 de ce code autorise la suppression ou la révision de la clause non négociée qui crée un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties au contrat.

780. En conclusion, le processus de moralisation des contrats d'affaires commande davantage aujourd'hui la reconnaissance explicite et la mise en application de la protection du professionnel, partie faible. L'objectif n'est pas de combattre systématiquement les inégalités de fait, mais de réussir à faire accepter à la partie forte, une réalité vivante d'une situation potentielle de faiblesse de son partenaire afin de faciliter la dynamique de contrôle de l'équilibre contractuel. Nous pensons que c'est une fois cette réalité vivante acceptée, que l'inégalité des relations d'intérêt pourrait facilement être corrigée en vue de garantir la justice contractuelle. Cette préoccupation du droit contemporain est réaffirmée par le recours à l'obligation de coopération, laquelle semble également constituer la voie idoine pour remédier aux inégalités de fait qui existent entre certains contractants et restaurer les déséquilibres contractuels excessifs.

Sous-section 2 : Une convergence de la valorisation de la coopération dans les contrats d'affaires

781. La voie de la coopération pour atteindre le besoin d'une justice contractuelle dans les contrats d'affaires. Le contrat d'affaires qui repose sur une union d'intérêts individuels exige des partenaires économiques un comportement altruiste. Ce dernier apparaît aujourd'hui comme inhérent aux contrats d'affaires qui impliquent nécessairement, par leur dimension horizontale¹³¹⁴, un lien de coopération en vue de la réalisation d'un but économique

¹³¹³ Elle est en effet inscrite dans le chapitre intitulé « pratiques restrictives de concurrence ».

¹³¹⁴ V. CADORET, *Réflexion sur les contrats d'affaires : plaidoyer pour une théorie réaliste du contrat*, Thèse Droit, Montpellier 1, 2012, p. 172, n° 183.

commun. Cette obligation de coopération est exigée dans les contrats de distribution, de franchise, d'approvisionnement, de sous-traitance, de vente commerciale, *etc.*, qui regroupent deux contractants qui sont dans le même circuit économique avec des intérêts individuels convergents. À cet effet, le droit des contrats d'affaires a trouvé, dans le devoir de coopération, un véritable instrument de correction des inégalités contractuelles. Les parties vont chercher à trouver à travers la coopération un équilibre, d'une part, entre leurs prestations réciproques convenues dans le contrat, et d'autre part, entre leurs intérêts afin de considérer la relation comme juste et pouvoir, par conséquent, exécuter le contrat.

782. Pan. Il faut se rendre à l'évidence que l'obligation de coopération est un outil essentiel pour faire naître une communauté d'intérêts entre contractants (A) qui aura, pour conséquence, la conciliation de l'individualisme et l'interdépendance des parties au contrat (B).

A- La coopération et l'intérêt commun des contractants

783. Les définitions contemporaines du devoir de coopération : altruisme, prise en compte de l'intérêt légitime du cocontractant, solidarisme, loyauté. À travers un « regard positif et prospectif sur “Le nouveau monde contractuel” »¹³¹⁵, le Professeur D. Mazeaud mettait déjà en évidence que : « (...) *la théorie du solidarisme rime avec l'exigence d'un certain civisme contractuel, au nom duquel le contrat peut aussi être envisagé comme une union d'intérêts relativement équilibrés, un instrument de coopération loyale, une œuvre de mutuelle confiance* ». C'est, semble-t-il, cette nouvelle vision moralisatrice qui se dégage dans la conception moderne du contrat. En effet, en se fondant sur l'idée de prise en compte des intérêts légitimes de l'autre partie, il est souvent affirmé par certains auteurs que l'obligation générale de bonne conduite et d'altruisme implique l'exigence d'un devoir de coopération¹³¹⁶ ou « d'implication »¹³¹⁷ entre les parties au contrat. Cette obligation de coopération qui réside dans l'existence d'un lien contractuel¹³¹⁸ pourrait être définie comme « *le devoir de s'abstenir de manœuvres qui tendraient à rendre l'exécution du contrat impossible ou plus difficile pour le*

¹³¹⁵ D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », *LPA*, 7 mai 2004, spéc., p. 49, n° 5.

¹³¹⁶ V. Ph. Le TOURNEAU et M. POUMARÈDE, « Bonne foi », *Répertoire de droit civil*, op. cit., n° 75 et 76 ; Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JPC G*, 1988, I, 3318.

¹³¹⁷ S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. dir. privé, 2000.

¹³¹⁸ V. notamment : N. HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, préf. Y. Lequette, éd. Panthéon-Assas, 2017 ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., p. 4. L'auteur relève que « la doctrine distingue en général l'obligation du devoir ». Ce dernier qui réside dans l'absence d'un lien de droit.

cocontractant »¹³¹⁹. Elle impose « l'obligation à un contractant de faciliter l'exécution du contrat à son partenaire »¹³²⁰. Le Professeur J. Mestre a justement considéré que la coopération est « l'exigence (...) des attitudes, des comportements convergents au service d'un intérêt contractuel commun »¹³²¹. Et pour le Professeur F. Diesse : « la coopération limitée à la forme contractuelle est, quant à elle, plutôt une expression de la solidarité entre les parties, cristallisée par une sorte d'*affectio contractus* ou de *jus fraternitatis* qui constituent la détermination des contractants à s'engager dans une œuvre plus ou moins commune »¹³²². Nous pouvons déduire à travers ces définitions que, certes, dans la plupart des relations d'affaires, les intérêts des contractants sont divergents ; mais il faut admettre que, dans tout contrat, pour satisfaire la réalisation de leurs intérêts respectifs, pourtant opposés, chacun est dans l'obligation de coopérer¹³²³.

Ainsi, nous pensons que la coopération n'est pas synonyme de rejet de ses propres intérêts. La différence des intérêts respectifs des contractants ne peut pas être considérée comme une source d'opposition de toute œuvre de coopération, notamment dans les contrats de franchise, de concession commerciale ou de distribution, de transport commercial. En effet, à titre d'illustration, lorsque le franchiseur est tenu à une obligation de coopération à l'égard du franchisé en lui transmettant un savoir-faire et la mise à disposition de signes distinctifs, il ne s'agit que d'un moyen pour lui de parvenir à la réalisation de ses propres intérêts, notamment au-delà de l'aspect financier, à développer son réseau, à valoriser sa marque et sa part de marché ; mais également à la réalisation de l'intérêt commun¹³²⁴.

784. Un nouveau monde de coopération entre contractants dans les contrats d'affaires : l'œuvre de la justice contractuelle. Envisagé de manière implicite en droit des contrats, le devoir de coopération, comme outil de moralisation des contrats d'affaires, prend différents aspects qui ne facilitent pas son appréhension. Toutefois, certaines caractéristiques de ce devoir moral ont pu être mises en évidence afin de lui attribuer un rôle spécifique dans la recherche de la justice contractuelle. Ainsi, en droit français, en droit sénégalais et en droit américain, aucun texte relatif au droit des contrats ne mentionne expressément l'exigence d'une

¹³¹⁹ M.-H. NGUYEN, Chapitre 1. La bonne foi *in* Vente internationale et droit vietnamien de la vente : La convention de Vienne de 1980, Tours : Presses universitaires François-Rabelais, 2010, p. 215.

¹³²⁰ *Ibid.*

¹³²¹ J. Mestre, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.* 1986, p. 101.

¹³²² F. DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *APD.* 1999, t.43, p.259 et 376.

¹³²³ P. LE TOURNEAU, A. MENDOZA-CAMINADE, « Réseaux de distribution », *JCI. Contrats-Distribution*, fasc. 1010, mai 2022.

¹³²⁴ F. CHENEDE, *Les commutations et droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, op. cit., n° 49, p. 56-57.

obligation de coopération comme règle juridique générale. Toutefois, en droit français, certains auteurs admettent qu'il apparaissait de façon implicite à l'ancien article 1134, alinéa 3 du Code civil qui dispose que les conventions lorsqu'elles sont légalement formées « *elles doivent être exécutées de bonne foi* ». En effet, nous partageons la position de la doctrine qui soutenait que, « *la règle de l'article 1134, alinéa 3 implique un certain devoir de coopération entre les parties* »¹³²⁵, lorsqu'elle exige une exécution de bonne foi des obligations contractuelles qui implique des exigences comportementales, telles que l'altruisme, la loyauté, l'honnêteté, *etc.* La jurisprudence française, également de son côté, depuis ces écrits, œuvre à l'enrichissement du devoir de coopération¹³²⁶. Aujourd'hui, depuis la réforme de 2016, il faut se référer au nouvel article 1104 du Code civil pour appréhender cette obligation de coopération. Concrètement, il est possible de soutenir que la contrainte générale de coopération qui pèse de manière continue sur les parties n'est qu'un instrument juridique d'application de l'obligation générale qui s'impose aux parties d'exécuter le contrat de bonne foi. Nous avons également vu dans nos précédents développements, que cette obligation de coopération, à l'instar du droit français, n'est pas totalement absente en droit américain. En effet, grâce au mécanisme du *duty to mitigate damages*, nous avons mis en évidence que l'obligation de coopération émane implicitement du comportement altruiste qui est attendu du créancier lésé¹³²⁷.

785. Le même mécanisme de moralisation du contrat à travers le devoir de coopération, posé par la doctrine française, semble présent en droit sénégalais. Il est vrai que l'intention du législateur sénégalais de valoriser le devoir de coopération comme instrument de garantie de l'équilibre contractuel reste floue. Mais il existe des règles générales et des principes qui figurent dans le COCC, reflétant implicitement le devoir de coopération. En effet, certaines dispositions font implicitement référence à ce devoir de coopération. C'est l'exemple de

¹³²⁵ A. RIEG, « Contrats et obligations », *JCI. Contrats-Distribution*, fasc. 11, art. 1134 et 1135, p. 23, n° 101 ; J. MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *op. cit.* Demogue en 1931 mettait déjà en exergue le devoir de coopération contractuelle en commentant l'ancien article 1134, alinéa 3 du Code civil. A travers le caractère commun du but poursuivi par les parties et de « l'union » de leurs intérêts, il soutient que sous l'égide de la bonne foi, il est possible d'ouvrir la voie à la prolifération de « *nouveaux rameaux* » dont le devoir de coopération contractuelle. En prophétisant la naissance de ce devoir, Demogue soutient que « *le créancier à plusieurs obligations. Il ne peut pas par sa conduite surcharger le débiteur, il doit par des actes positifs faciliter à celui-ci l'exécution de l'obligation et notamment se prêter à l'exécution (...). Tout ceci se rattache à l'idée de la solidarité entre créancier et débiteur dans l'intérêt social, et au point de vue des textes cela découle de l'article 1134, alinéa 3 (...). L'idée de l'obligation de collaboration entre les contractants n'est d'ailleurs qu'un aspect de l'idée plus générale qu'il ne doit pas y avoir d'abus dans l'exécution des contrats* ». V. R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, *op. cit.*, t. VI, n°12.

¹³²⁶ F. DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *op. cit.*, p.259 ; Cham. com. 28 mars 2000, *Droit & Patrimoine* 2000, n°86, p.101 obs. Chauvel. (Prohibition dans les contrats de distribution de pratiquer des prix excessifs par rapport au marché).

¹³²⁷ V. *supra.*, n° 257 et s.

l'article 96 du COCC sur l'immutabilité du contrat qui pose la règle selon laquelle le contrat ne peut être révisé ou résilié unilatéralement. Outre, il est également exigé dans l'exécution des obligations réciproques que les parties agissent avec loyauté et diligence. C'est ce qui ressort de la lecture de l'article 7, alinéa 1^{er} du COCC qui dispose que : « *le débiteur peut garantir au créancier l'exécution d'une obligation précise ou s'engager simplement à apporter tous les soins d'un bon père de famille à l'exécution de son obligation* ». Ces quelques dispositions du COCC demeurent lacunaires et insuffisantes pour faire de l'obligation de coopération une exigence juridique permettant de sanctionner les comportements attentatoires aux principes de bonne foi, d'équité, de rationalité, etc. Toutefois, cette carence d'exiger des contractants une obligation de coopération en droit interne sénégalais, a été corrigée par les lois spéciales supranationales. C'est l'exemple de l'AUDCG qui consacre le principe de bonne foi qui implique un devoir de coopération entre contractants et de l'Acte uniforme OHADA relatif aux contrats de transport qui exige la mise en place de mesures raisonnables utiles à la conservation des marchandises afin de tenter de les sauver en cas de problèmes d'exécution du contrat. Aujourd'hui la pratique contractuelle et sa conception ont évolué, par conséquent, nous pensons que le devoir de coopération ne doit plus être dissimulé à travers des dispositions implicites. Le législateur sénégalais doit donc manifester sa volonté d'apporter un éclairage nouveau et un encadrement juridique au devoir de coopération afin d'en faire un véritable outil de justice contractuelle.

786. En définitive, il faut admettre au regard de ces observations que, pour une relation contractuelle juste et équitable, chaque contractant doit veiller aux intérêts légitimes de son partenaire. La solidarité serait donc un élément caractéristique du devoir de coopération. Même si, dans une relation contractuelle, « *contracter c'est essayer de faire ses affaires* »¹³²⁸, il faut rappeler que « *c'est bien chacune des parties, et non pas seulement la plus puissante, qui doit pouvoir tirer un bénéfice du contrat* »¹³²⁹. Dans un arrêt de la Cour d'appel, le juge du fond a eu l'occasion de rappeler que le professionnel doit se soumettre à ce devoir contractuel de coopération dans la mesure où il « *doit tenir compte de l'ignorance de son cocontractant, de sa vulnérabilité, de son absence de compétence* »¹³³⁰. Il faut admettre que le devoir de coopération

¹³²⁸ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, septembre 2013, p. 44 : « *Contracter, ce n'est pas entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de "faire ses affaires"* ».

¹³²⁹ Ch. JAMIN, « *Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction* », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), D. 2003, p. 19.

¹³³⁰ CA Paris 22 avril 1980, Juris-data n° 433 ; Com. 28 octobre 1986, Bull. civ. IV, n° 195. ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 42, p. 46, « *Plutôt que de tabler sur une hypothétique solidarité humaine, il convient donc de conserver comme pierre angulaire du droit des contrats le fait que les hommes portent, très*

fait du contrat un véritable instrument juridique de satisfaction des intérêts collectifs. Il implique l'existence d'un objectif commun entre les parties qui repose sur la confiance réciproque, c'est-à-dire sur « *l'intuitu personae* »¹³³¹, sur « *l'animus cooperandi* »¹³³² qui vient concilier « *les parties en véritables partenaires occupés à réaliser une tâche commune* »¹³³³. Désormais pris en compte en matière contractuelle, le devoir de coopération qui est l'essence du contrat en tant qu'instrument de rapprochement ou d'union¹³³⁴ est également un outil de régulation, de moralisation des relations contractuelles et de justice contractuelle.

Le devoir de coopération fait donc du contrat un véritable instrument de conciliation entre l'individualisme et l'interdépendance des intérêts des parties pour la satisfaction des besoins socio-économiques.

B- La coopération et l'interdépendance des contractants

787. L'interdépendance des intérêts légitimes des parties impliquant un devoir de coopération. Présentant le contrat comme « norme fondamentale »¹³³⁵, Durkheim affirme que « *nous coopérons parce que nous l'avons voulu, mais notre coopération nous crée des devoirs que nous n'avons pas voulus* »¹³³⁶. Parmi ces devoirs, nous pouvons relever celle du devoir de participer à la réalisation de l'œuvre commune qu'implique la dépendance mutuelle. En effet, en raison du contexte d'interdépendance créé par le lien contractuel, les parties au contrat doivent collaborer si elles veulent satisfaire leurs intérêts individuels dont le sort dépend du devoir moral de la prise en charge des intérêts de l'autre. À cet effet, dans les contrats de distribution, de concession commerciale, de vente commerciale, de transport de marchandises, de sous-traitance, de franchise, etc., les parties ne sont pas en concurrence, si l'on suit le raisonnement du Professeur R. Démogue. L'auteur relève que le contrat est « *une sorte de microcosme. (...) où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts*

naturellement, dans leur grande majorité, plus d'attention à leurs propres intérêts qu'à ceux d'autrui. Cela conduit à privilégier la mise en œuvre de procédures contractuelles qui favorisent une rencontre équilibrée des volontés et par là même une certaine justice contractuelle ».

¹³³¹ L'expression *intuitu personae* traduit l'idée de prise en considération de la personne du partenaire dans le choix de ce dernier. V. notamment sur la définition de ce terme : M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse Droit, Paris, 1974 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Thèse Droit, Paris 5, 1997 ; D. KRAJESKI, *L'« intuitus personae » dans les contrats*, Thèse Droit, Toulouse 1, 1998 ;

¹³³² Il s'agit de le « volonté de coopération », c'est-à-dire l'état d'esprit des parties au contrat engagées par un lien de coopération.

¹³³³ M. DUBISSON, « Les caractères juridiques du contrat de coopération en matière industrielle et commerciale », DPCI, 1984, t. 10, n° 3, p. 297-318 et spéc. p. 305.

¹³³⁴ J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, F. Lefebvre 1988, n° 27, p. 31.

¹³³⁵ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, coll. Quadrige, Paris, PUF, 2013, p. 193.

¹³³⁶ *Ibid.*, p. 192.

*individuels poursuivis par chacun (...) »*¹³³⁷. Celui-ci doit donc être pour eux un lieu de coopération et non d'opposition parce que leurs intérêts légitimes sont incontestablement interdépendants.

788. Ainsi, contracter, c'est mettre en commun des intérêts individuels afin de parvenir à la création d'un objectif commun¹³³⁸. Cela consiste en un engagement à la réalisation d'obligations réciproques, lequel aurait pour effet d'unir les parties dans une entreprise de coopération. Certes, sur le fondement de la liberté contractuelle, chacun est en principe libre de contracter. Mais c'est à la condition que chaque partie soit dans les dispositions à collaborer à la réalisation de la somme de leurs intérêts respectifs, mais également à la prise en charge des intérêts légitimes de l'autre¹³³⁹. À titre d'illustration, ce rapport entre le devoir de coopération et l'interdépendance des intérêts légitimes des contractants apparaît notamment dans le contrat de franchise. En effet, pour la satisfaction des intérêts légitimes de chacun, le contrat de franchise qui fait naître un rapport d'interdépendance économique¹³⁴⁰ implique un devoir de coopération dans l'exécution des obligations respectives. Elle donne naissance à un lien de confiance entre le franchiseur et le franchisé qui sont incités à autolimiter leurs pouvoirs contractuels¹³⁴¹ conférés par le principe de la liberté contractuelle pour que chacun puisse atteindre ses propres intérêts par la voie de la coopération.

789. L'obligation de coopération sous-tendue par l'exigence morale d'exécution de bonne foi des contrats d'affaires. Aujourd'hui, l'obligation de coopération justifiée par l'interdépendance des contractants s'exprime à travers l'obligation morale d'exécution de bonne foi des contrats d'affaires. Elle ouvre de larges perspectives, lesquelles permettent d'imposer aux contractants des obligations non matérialisées dans le contrat. À titre d'exemple, sans pouvoir recenser toutes les obligations spécifiques qui découlent de l'exigence de coopération pour la réalisation des objectifs communs des parties, certains existent pratiquement dans tous les contrats d'affaires. Il s'agit au regard du devoir de loyauté,

¹³³⁷ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en générale, II. Effet des obligations*, op. cit., p. 9.

¹³³⁸ Sur l'emploi de cette notion, v. notamment, C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », op. cit., p. 382.

¹³³⁹ A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, préf. E. Loquin, Litec, vol. 27, 2006, p. 337, n° 534. Pour A.-S. Courdier-Cuisinier : « *Le but commun, ou la finalité du contrat, est constitué par la somme des intérêts respectifs des parties* ». Et que « *l'objectif commun est constitué par l'objet de la prise en charge par une partie de l'intérêt au contrat de l'autre, à savoir la subsistance et la réalisation de cette intérêt* ».

¹³⁴⁰ J.-G. BELLEY, V. CARON, « Un grand arrêt, néanmoins critiquable : *Provigo Distribution c. Supermarché A.R.G.* », in *Les grands arrêts*, coll. Les grands classiques du droit civil, MOORE (B.) (dir.), Montréal : Ed. Thémis, 2016, p. 306.

¹³⁴¹ *Ibid.*, p. 323.

notamment de l'obligation de réaliser le plus utilement possible l'objet du contrat dans le sens de l'intérêt du cocontractant¹³⁴², et de l'obligation de prendre des mesures nécessaires afin de faciliter la prise en charge de ses intérêts légitimes par son cocontractant¹³⁴³.

790. Nous pensons que cette approche de l'obligation de coopération qui implique une fédération des intérêts légitimes des parties au contrat, semble incompatible avec la conception individualiste, laquelle occupe encore une très grande place dans l'esprit du droit sénégalais des contrats. En effet, le principe de collaboration s'est imposé dans les deux systèmes juridiques, français et américain, permettant ainsi de concilier les intérêts mutuels des parties contractantes avec la considération des inégalités existantes. Il est important de souligner, sans véritablement ignorer l'importance du rôle de la volonté¹³⁴⁴ dans la matière contractuelle, que l'obligation de coopération vise à ce que chacune des parties puisse tirer un bénéfice du contrat, non pas seulement le plus puissant¹³⁴⁵, afin de sauvegarder les intérêts d'autrui. La partie la plus forte ne devrait pas uniquement se soucier de ses propres intérêts¹³⁴⁶. Toutefois, si cette responsabilisation des contractants semble être aujourd'hui une véritable fin en droit français et en droit américain, il convient de relever qu'elle est timidement menée en droit positif sénégalais des contrats.

791. La coopération au service d'un idéal de moralité contractuelle dans les contrats d'affaires en droit français et en droit américain. La coopération qui est appréhendée comme une obligation morale, se traduit par le souci de satisfaction des intérêts légitimes des contractants et est incontestablement un élément de la relation contractuelle. C'est pourquoi, en droit français des contrats, avec l'avènement de la consécration de la bonne foi comme principe directeur¹³⁴⁷, l'obligation de coopération semble bénéficier d'un nouveau statut dans la matière contractuelle. En effet, sous le prisme de la bonne foi, avec l'article 1104 du Code civil qui exige implicitement aux contractants un comportement loyal et coopératif dans toutes les phases du contrat, l'individualisme cède la place à la solidarité¹³⁴⁸. Quant au

¹³⁴² V. notamment Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., n° 83 et s., p. 99 et s.

¹³⁴³ *Ibid*, n° 91 et s., p. 107 et s ; Adde F. DIESSE, *Le devoir de coopération dans le contrat*, op. cit., n° 244 et s., p. 211 et s. ; R. DEMOGUE, *Traité de droit des obligations en général*, t. VI, op. cit., spéc. n° 12 et s, p. 17 et s.

¹³⁴⁴ C. JAMIN, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in L. Grynbaum, M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Économica, 2004, p. 166, n° 9.

¹³⁴⁵ C. JAMIN, « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in C. Jamin, D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 19.

¹³⁴⁶ Ph. BRUN, « Nouvelles controverses : la doctrine dans tous ses états », in G. Pignarre (dir.), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligation*, Dalloz, 2005, p. 160, n° 41.

¹³⁴⁷ V. *Supra*, § 95.

¹³⁴⁸ J.-P. CHAZAL, « La réception doctrinale du solidarisme contractuel : illustration du tropisme idéologique de la doctrine civiliste française », *Journal européen d'histoire du droit*, 2023, 12, pp.111- 160.

droit américain, l'article 205 du *Restatement Second of Contracts*, qui impose un devoir de bonne foi et un traitement équitable, met l'accent sur la fidélité des parties au contrat à collaborer à un but commun et sur la concordance des attentes légitimes. En ce sens, nous pouvons relever que l'obligation de coopération qui suppose des actes positifs, tel que fournir de bonnes informations à son cocontractant du fait de son ignorance légitime « *au service d'un intérêt contractuel commun* »¹³⁴⁹, est donc une facette de l'obligation de bonne foi. Ainsi, plus qu'une nécessité socio-économique, la coopération qui est fondée sur l'interdépendance des obligations et des intérêts légitimes des contractants inhérents aux contrats d'affaires pourrait être considérée comme une obligation morale. Elle implique un comportement altruiste et « *chaque partie doit dompter ses appétits égoïstes pour tenir compte de l'intérêt du partenaire...* »¹³⁵⁰. Ainsi, tout avantage non réciproque reçu par un contractant qui découle d'une relation contractuelle de distribution, de production, de sous-traitance, *etc.*, sans réelle coopération, pourrait engendrer l'intervention du juge pour contrôler l'équilibre du contrat.

792. De nos jours, la jurisprudence française porte une attention particulière aux exigences qui émanent de l'obligation de coopération. Ainsi, il a pu être jugé dans un arrêt de la Chambre commerciale du 5 juin 2019¹³⁵¹ que, même en l'absence de stipulation d'une obligation de collaboration à la charge du client dans les conditions générales de vente, pour l'exécution du contrat, le créancier d'une prestation doit collaborer avec son contractant dans la mesure où l'exécution de cette prestation ne sera rendue possible et satisfaisante que s'il met son contractant en situation d'y parvenir.

793. La manifestation incidente du devoir de coopération en droit sénégalais. Contrairement au droit français et au droit américain, le droit sénégalais des contrats semble toujours prôner l'individualisme plutôt que le solidarisme. Les articles 41 et 42 du COCC, empreintes du principe de l'autonomie de la volonté, révèlent la conception individualiste et libérale du contrat¹³⁵². Mais pris dans le sens de la perception contemporaine donnée à la relation contractuelle qui se traduit par un lien d'interdépendance de contractants qui s'engagent à la réalisation d'un but économique commun, l'exigence de coopération n'est pas totalement exclue en droit sénégalais des contrats. Elle pourrait notamment être cherchée sur le fondement

¹³⁴⁹ J. MESTRE, « Bonne foi », in *Principes du droit européen du contrat, regards croisés avec le droit français*, Dr et patr., 2003, p. 42.

¹³⁵⁰ F. DIESSE, *l'exigence de coopération contractuelle dans le commerce international*, RDAI, 1999, spéc., p. 769.

¹³⁵¹ Cass com., 5 juin 2019, n° 17-26.360.

¹³⁵² I. SECK, « Des quelques mutations du droit sénégalais des contrats de droit privé », *op. cit.*, p. 38.

de l'obligation d'information, dans la sanction de la réticence dolosive d'une information¹³⁵³. En outre, il est possible de constater que, dans certaines dispositions du droit spécial, l'obligation de coopération résulte de la référence à la loyauté, à l'obligation de minimiser son dommage, ou à l'obligation d'information. C'est notamment le cas de l'article 217 de l'AUDCG¹³⁵⁴, lequel pose directement, sous couvert de l'obligation de coopération, la volonté de concilier l'esprit de l'individualisme et les intérêts de l'agent commercial et du mandat.

794. Pour conclure, il convient donc de constater que, même en l'absence de dispositions expresses qui la mentionnent, l'exigence de coopération qui se traduit par des normes de moralisation des contrats d'affaires prend aujourd'hui le dessus sur l'esprit d'individualisme¹³⁵⁵. Elle est un devoir moral inhérent au contrat. Ce dernier qui est à la base un instrument de rapprochement des parties, à travers le lien contractuel, provoque la rencontre de leurs intérêts réciproques. Il faut toutefois retenir qu'en droit sénégalais, à l'instar du droit français, l'appréciation de l'obligation de coopération comme norme de comportement imposée aux parties dans les contrats d'intérêt commun se fera sous couvert de la bonne foi, de la loyauté et de l'équité. En droit américain, il faut chercher les racines de l'obligation de coopération, notamment dans le standard du « *reasonable person* », tel que défini par Monsieur W. E. Joachim. L'auteur considère l'exigence de coopération comme une norme de comportement que la société requiert des parties au contrat pour non seulement protéger ses intérêts, mais aussi ceux d'autrui¹³⁵⁶. Elle pourrait également être cherchée dans les obligations implicites qui naissent du standard du *reasonable*, à l'exemple du « *duty to mitigate damages* » qui est une manifestation de l'obligation de coopération en droit américain¹³⁵⁷.

795. Conclusion de la section 1. L'altruisme est un instrument moral de correction des déséquilibres contractuels, utilisé pour favoriser une relation contractuelle juste et utile pour les parties. Ainsi, en plus du rôle joué dans la reconnaissance du statut du contractant faible dans les contrats d'affaires, l'altruisme est également un instrument moralisateur du comportement des contractants qui exige un devoir de coopération. Il semble apporter à ce dernier un souffle nouveau qui permet de transformer les parties en véritables partenaires, considérés *en amont*

¹³⁵³ V. *supra*, n° 193.

¹³⁵⁴ Aux termes de cette disposition « *Le contrat entre l'agent commercial et son mandant est conclu dans l'intérêt commun des parties. L'agent commercial et son mandant sont tenus, l'un envers l'autre, d'une obligation de loyauté et d'un devoir d'information. L'agent commercial doit exécuter son mandat en bon professionnel ; le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat* ».

¹³⁵⁵ I. SECK, « Des quelques mutations du droit sénégalais des contrats de droit privé », *op. cit.*, p. 37.

¹³⁵⁶ V. *Supra.*, § 227.

¹³⁵⁷ V. *Supra.*, § 261.

comme porteurs d'intérêts antagonistes. En outre, avec l'essor de la notion de « contrat relationnel », la recherche de la justice contractuelle bénéficie également sur un autre support contemporain de garantie de l'équilibre contractuel.

Section 2 : L'essor du contrat relationnel pour garantir le rééquilibrage du contrat

796. Le « contrat relationnel » : un concept qui impose une direction éthique et morale aux parties permettant d'atteindre les objectifs poursuivis dans le contrat. L'objectif aujourd'hui est de permettre aux acteurs économiques d'organiser des rapports contractuels durables¹³⁵⁸. Cette théorie de « contrat relationnel » élaborée par la doctrine du réalisme permet d'observer le modèle contractuel comme un fait socio-économique qui évolue dans le temps. Elle permet aussi de l'étudier à travers ses manifestations spontanées et sociologiques, lesquelles offrent un sens conceptuel conforme à la réalité pratique de la relation contractuelle¹³⁵⁹. Dans cet ordre d'idée, le contrat est lié à des valeurs de comportements pour permettre la stabilité et la pérennité du lien contractuel¹³⁶⁰. Ces dernières passent nécessairement au besoin, par des modifications pour adapter les termes de l'engagement des parties en fonction des circonstances économiques ou sociales. Les contrats d'affaires étant souvent ceux dont les obligations s'exécutent dans le temps, du fait d'un changement de circonstances, peuvent devenir imparfaits¹³⁶¹ et injustes au regard des droits et des obligations qu'ils font naître à l'égard des parties. Ainsi, eu égard de l'appréhension économique des contrats d'affaires, la théorie de « contrat relationnel » développée par le Professeur I. R. McNeil¹³⁶², sous couvert de la notion de pérennité contractuelle, apparaît comme un impératif moral.

¹³⁵⁸ V. notamment : H. BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *Revue internationale de droit économique*, vol. xv, 3, n° 3, 2001, p. 340 ; J.-L. AUBERT, É. SAVAUT, J. FLOUR, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, Sirey, 16^e éd., 2014, 91, p. 81 : pour les auteurs cette notion de « contrats relationnels » est « a priori étrange dans la mesure où tout contrat a vocation à établir une relation entre deux ou plusieurs personnes, vise à distinguer une catégorie de contrats qui auraient pour caractéristique, notamment, l'établissement de relations de coopération confiante vouées à durer, ce qui justifierait un régime juridique propre, marqué par la souplesse et la flexibilité tant au plan de la formation qu'à celui de l'exécution du contrat ».

¹³⁵⁹ H. KASSOUL. « Réflexions sur la dimension relationnelle du contrat », Cycle annuel de conférences d'ouverture, Cycle annuel de conférences d'ouverture du CERDP, Mars 2018.

¹³⁶⁰ V. le sens la notion de pérennité contractuelle : A.-S. LAVEFFE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, préf. C. THIBIERGE, LGDJ, Coll. Thèse, sous-coll. Biblio. de droit privé, 2005. L'auteur relève que : « Le phénomène de la pérennité contractuelle ne permet pas seulement d'observer une longue durée, mais de constater également l'efficacité de la convention pendant toute son exécution. La multiplication des modes de survie contractuelle par le mécanisme de la modification témoigne ainsi d'un souci croissant de privilégier le phénomène de pérennité contractuelle ».

¹³⁶¹ S. DRAPIER, *Les contrats imparfaits*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 14 et s.

¹³⁶² Cette nouvelle approche de « contrats relationnels » établie par I. R. MCNEIL apparaît d'abord dans son article intitulé : « *Contracts adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational*

797. Plan. L'accueil de la notion de « contrat relationnel », tout d'abord en droit américain, ensuite en droit français, a permis au regard de son impératif moral de résoudre, d'une part, le problème d'admission de la théorie de l'imprévision par la doctrine (**sous-section 1**), et d'autre part, le problème de sa consécration dans le droit positif de la matière contractuelle (**sous-section 2**).

Sous-section 1 : Contrat relationnel et soutien doctrinal de la théorie de l'imprévision

798. L'ajustement *a posteriori* du contrat en déconstruisant l'archétype de la conception classique du contrat qui n'est plus regardé que par le prisme de son intangibilité. La moralisation des contrats d'affaires consiste également à prendre acte de la réalité de l'environnement des contrats d'affaires, dans lequel le facteur temps occupe une place importante. Il met en évidence l'impossibilité pour les parties d'avoir une emprise totale sur les événements susceptibles d'atteindre l'équilibre acceptable de leurs relations contractuelles. De ce fait, la place primordiale accordée au principe de la force obligatoire du contrat par la théorie classique du contrat est peu compatible avec la morale des affaires qui exige la révision du contrat à la suite d'un changement de circonstances qui vient modifier les obligations initiales au cours de leurs exécutions. Ainsi, si le rejet de la révision judiciaire pour imprévision a été pendant plusieurs décennies réaffirmé avec constance par les tribunaux du droit français, du droit sénégalais et du droit américain, les considérations éthiques ont réussi à s'imposer afin de chercher un plus grand équilibre dans les contrats d'affaires.

799. Plan. En dépit d'un antagonisme conceptuel du contrat¹³⁶³, la doctrine réaliste a réussi à travers la dimension relationnelle des contrats d'affaires, à mettre en évidence une approche plus pragmatique en développant la théorie de l'imprévision. Cette dernière est un outil à valeur éthique qui a suscité l'attention qu'on lui porte aujourd'hui grâce au facteur temps qui peut être une source de déséquilibre dans les relations contractuelles. Il convient tout d'abord de voir les fondements éthiques de l'admission de la théorie de l'imprévision (**A**), puis

contract law », Northwestern University Law Review, 1978, vol. 72, p. 854 et s. Adde I. R. MCNEIL, P. J. GUEDEL, *Contracts: exchange transactions and relations*, New York, Foundation Press, 2001, p. 25 et s.

¹³⁶³ D'un côté, pour la doctrine classique, le contrat jouit d'un statut parfait dès sa conclusion qui doit rester le même jusqu'à son exécution, et de l'autre côté, pour la doctrine réaliste à partir d'observations de la réalité pratique des contrats d'affaires révèle qu'ils obéissent à la loi d'événements imprévisibles qui la gouvernent, ouvrant par conséquent la voie à plus de flexibilité et d'adaptation de son contenu. Madame Hania KASSOUL relève à cet effet que « la fracture révélée entre la théorie classique et la réalité pratique montre que le contrat présumé complet est incomplet, la rationalité des parties jugée parfaite est imparfaite, que l'identité des parties considérées sans importance est centrale, que la loi contractuelle obéit davantage au besoin de préservation et l'harmonisation de la relation qu'à son affirmation normative ». V. H. KASSOUL. « Réflexions sur la dimension relationnelle du contrat », Cycle annuel de conférences d'ouverture du CERDP, Nice, 29 mars 2018, p. .

d'aborder les arguments de la doctrine réaliste en faveur de son admission (B) en droit français, en droit américain.

A- Les fondements éthiques de l'admission de la théorie de l'imprévision dans les contrats d'affaires

800. L'impératif moral de la révision du contrat déséquilibré permettant d'expliquer l'exigence d'un équilibre contractuel et encourager la moralisation des contrats d'affaires. Le Doyen G. Ripert disait que « *contracter, c'est prévoir. Le contrat est une emprise sur l'avenir* »¹³⁶⁴. Et la Professeure C. Thibierge avait ajouté que « *le contrat apparaît comme un moyen donné aux parties d'exercer une certaine emprise sur l'avenir, de prévenir le surgissement de l'imprévisible ou même le simple changement de volonté. Instrument de prévisibilité au service de la sécurité, il constitue une bulle protégée des influences extérieures, un monde à dos sur la stabilité duquel les parties peuvent compter* »¹³⁶⁵. Aujourd'hui, l'internationalisation des échanges, les mutations technologiques, les tentatives d'harmonisation du droit du contrat, la globalisation de l'économie, les crises économiques, les crises sanitaires sont autant de phénomènes qui complexifient les relations contractuelles. Au regard de ces circonstances qui viennent mettre à rude épreuve la stabilité des relations contractuelles, il apparaît difficile de faire du contrat l'unique instrument de prévision performant où les contingences imprévisibles de la relation contractuelle sont entièrement anticipées. En effet, dans le monde des affaires, le déséquilibre contractuel semble être le principe, et, à l'inverse, l'équilibre contractuel constituerait l'exception.

801. De nombreuses avancées ont eu lieu dans la vision du contrat du fait des diverses mutations socio-économiques, de la croissance du commerce de masse et du développement des grandes multinationales. Ces événements ont conduit à la création de nouvelles formes de relations contractuelles particulières issues de la doctrine et de la pratique, telles que le contrat de franchise, de sous-traitance, d'approvisionnement, de concession commerciale, etc. Le monde contractuel, particulièrement celui des contrats d'affaires, est donc en permanente évolution et la typologie des contrats nommés s'élargit. En revanche, le cadre juridique dans lequel restent enfermés ces derniers empêche souvent l'existence d'un équilibre dans une relation où l'un des contractants se retrouve souvent dans une situation de déséquilibre contractuel en raison de circonstances imprévisibles.

¹³⁶⁴ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p. 84.

¹³⁶⁵ C. THIBIERGE, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », op. cit.,

802. L'identification des fondements éthiques de l'admission de la théorie de l'imprévision. Ainsi, il ressort de ces premières observations que le premier fondement moral identifié de l'admission de la théorie de l'imprévision est celui de l'exigence d'un équilibre contractuel qui repose sur la justice commutative. Outre ce premier fondement, les autres découlent de la nouvelle vision du contrat qui prône l'équité en particulier, et à la justice contractuelle en général. En effet, l'émergence de ces valeurs éthiques dans la matière contractuelle a servi de fondements moraux de l'admission de la théorie de l'imprévision. En ce sens, l'équité, la bonne foi, la justice commutative, le devoir de coopération, *etc.*, qui ont une valeur éthique, font partie des fondements indirects de l'admission de la révision judiciaire du contrat en cas d'imprévision. Le Professeur Ph. Stoffel-Munck souligne à juste titre que « *la question de la théorie de l'imprévision jette une lumière crue sur le fossé qui peut séparer le droit et la règle morale : summum jus, summa injuria. Or, ce fossé doit autant qu'il est possible être comblé par le juriste* »¹³⁶⁶. Il relève qu'« *il est en effet dangereux que la norme juridique s'éloigne trop de ce que le bon sens commande spontanément* »¹³⁶⁷. Au regard de cette approche moralisatrice du contrat, ce dernier n'est plus juste lorsqu'un changement imprévisible de circonstances vient considérablement bouleverser son équilibre.

803. Par ailleurs, il convient également de constater que l'admission de la théorie de l'imprévision peut avoir pour fondement la catégorie de la relation contractuelle ou de la position de l'une des parties en raison de sa taille. C'est l'exemple du contrat d'adhésion¹³⁶⁸ qui, à l'heure où le droit des contrats renouvelle sa perception, empêche souvent de donner naissance à une relation juste et équilibrée, parce que privée de négociations équitables. Le droit des contrats tel que réfléchi et conçu par la doctrine volontariste ne permet pas de protéger l'adhérent d'un projet contractuel déjà établi, manifestement inégalitaire, auquel il a décidé tout simplement de donner ou non son accord sans possibilité de le discuter. En conséquence, la recherche de l'équilibre de la relation contractuelle par la révision de son contenu afin de garantir sa pérennité est inévitablement un impératif moral indispensable au développement et à la sécurité juridique des échanges économiques. C'est pourquoi, compte tenu des inquiétudes suscitées par l'émergence de nouvelles formes contractuelles dans le monde des affaires, celles-

¹³⁶⁶ Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision : Vers la souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, Aix-en-Provence, PUAM, 1994, n° 3-4, p. 16.

¹³⁶⁷ *Ibid.*

¹³⁶⁸ Th. REVET, « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *D.*, 2018, p. 124, spéc. n° 3.

ci peuvent être le terrain d'élection de la notion de « contrat relationnel » afin de corriger les déséquilibres créés par son caractère unilatéral.

804. Le recours convergeant à des instruments éthiques pour apprécier l'admission de la révision judiciaire du contrat déséquilibré pour cause d'imprévision. Chaque imprévision ne peut pas être source de révision judiciaire du contrat. En effet, même si l'imprévision est une condition essentielle pour admettre la révision judiciaire du contrat, le seul changement de circonstances ne suffit pas comme fait générateur. Ainsi, en plus des conditions légales de révision judiciaire du contrat pour imprévision, le contrôle de celle-ci pourrait également se faire sur la base de la bonne foi et de l'abus. Selon Madame A. -S. Lavefve Laborderie, ces notions « *proposent des instruments éthiques efficaces pour envisager les conditions relatives à l'existence de l'adaptation contractuelle* »¹³⁶⁹. À cet effet, il convient de vérifier par le biais de ces instruments éthiques que le droit a mis en place au service de la justice contractuelle, que l'imprévision provoquant un déséquilibre contractuel n'a pas pour origine un comportement abusif d'un contractant, ou que son maintien n'est pas la cause d'un comportement de mauvaise foi¹³⁷⁰ du contractant qui tire profit de ce changement de circonstances. Ainsi, il faut préciser que la cause de l'injustice du fait d'un changement de circonstances qui permet d'admettre la révision judiciaire du contrat n'est pas l'imprévision en elle-même, mais le comportement des contractants à la naissance du déséquilibre contractuel. À l'analyse, nous pensons donc que la bonne foi et l'abus peuvent être des instruments éthiques qui vont permettre au juge d'apprécier la nécessité de procéder à la révision du contrat d'affaires. Ils peuvent être des fondements juridiques importants permettant de définir une seconde condition de la révision judiciaire du contrat afin de garantir la sécurité juridique qui peut être bouleversée par l'immixtion du juge pour adapter le contrat.

805. En somme, ce mouvement grandissant de la défense de la théorie de l'imprévision que nous étudions à la lumière du concept de « contrat relationnel », théorie élaborée par la doctrine américaine, s'inscrit dans une conception morale d'adaptation du contrat. L'imprévision constitue une théorie dans laquelle le processus de moralisation des contrats d'affaires doit pouvoir être développé. En effet, les contrats d'affaires sont par nature de longue

¹³⁶⁹ A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, Biblio. de droit privé, t. 447, Paris, LGDJ, 2005, p. 401.

¹³⁷⁰ V. en ce sens A. TUNC, *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, études comparées du droit civil français et du droit civil de la République arabe unie*, préf. M. El.-Gammal, Thèse Paris, 1965, LGDJ, p. 1. Pour l'auteur : « *S'accrocher à ses termes alors que surviennent des changements inattendus peut être, de la part de l'une des parties, un acte de mauvaise foi* ».

durée, c'est-à-dire à exécution successive, ce qui les expose aux risques de faire face à des circonstances imprévisibles qui viennent bouleverser leurs équilibres initiaux. La jurisprudence des différents systèmes juridiques étudiés étant demeurée pendant longtemps réticente à la reconnaissance de la révision judiciaire du contrat pour imprévision, le lourd combat de la décence de cette théorie a été porté par la doctrine en droit français et en droit américain. La doctrine sénégalaise semble quant à elle valoriser le principe de l'intangibilité du contrat. Ainsi, après avoir identifié les fondements éthiques qui justifient l'admission de la théorie de l'imprévision, voyons maintenant les arguments doctrinaux développés dans les trois systèmes juridiques.

B- Les arguments doctrinaux de l'admission de la théorie de l'imprévision dans les contrats d'affaires

806. Les changements de circonstances pour imprévision : un enjeu saisi par la doctrine américaine. En droit américain, l'admission de la révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances économiques reste controversée. Toutefois, ce n'est pas pour autant que la doctrine américaine soit indifférente aux changements de circonstances économiques qui créent un déséquilibre contractuel. La théorie de « contrat relationnel », c'est-à-dire ceux qui permettent aux parties d'organiser une collaboration pérenne, a permis de justifier la nécessité morale de la révision judiciaire du contrat. Le souci d'assurer la stabilité des relations économique a donc provoqué la création d'une obligation morale de rétablir l'équilibre du contrat bouleversé par des circonstances qui échappent au contrôle raisonnable des parties¹³⁷¹. Ainsi, pour faire émerger l'avènement des « contrats relationnels », il fallait réussir à remettre en question la théorie dominante en droit américain des contrats au cours du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle qui était celle de la « *frustration* »¹³⁷². À travers cette théorie, le juge pouvait mettre fin au contrat en cas de changement de circonstances rendant son exécution impossible ou illégale et créant ainsi une frustration dans l'objet du contrat¹³⁷³. En effet, sur le fondement de la théorie classique, à l'instar de la théorie de l'autonomie de la volonté issue du Code civil de 1804, le contrat était appréhendé en droit américain comme un

¹³⁷¹ B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », *RDC* 2004, p. 67, spéc. n° 36.

¹³⁷² §265 Restatement (Second) of Contracts : « *Lorsque, après la conclusion d'un contrat, le but principal d'une partie est substantiellement frustré sans faute par la survenance d'un événement dont l'inexistence était une hypothèse de base sur laquelle le contrat a été conclu, ses obligations restantes d'exécution sont exécutées, à moins que la langue ou les circonstances n'indiquent le contraire* ».

¹³⁷³ B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstance », *op. cit.*, p. 67.

instrument suffisamment complet, parce que ponctuel et délimité¹³⁷⁴. C'est ce postulat du contrat qualifié de discret (*discreteness*) par le Professeur I. R. McNeil, lequel le prive de tout caractère social qui a été critiqué. À travers la théorie de « contrat relationnel » qu'il propose, il illustre que le bien-fondé du droit des contrats élaboré sur le modèle dominant des transactions discrètes est contestable. En effet, pour la doctrine réaliste américaine, les relations d'affaires ne se résument pas à l'échange de promesses et des choses promises entre parties. Elles doivent comporter une implication des parties et une dimension relationnelle de manière à préserver la relation contractuelle qui a une valeur socio-économique intrinsèque. Mais aussi à admettre l'ajustement judiciaire des obligations des parties dans l'optique de rendre aussi satisfaisants que possible les intérêts légitimes des parties.

807. Si cette approche a été confortée en droit américain par la doctrine réaliste, c'est parce que, dans les contrats d'affaires qui sont des relations vivantes et évolutives¹³⁷⁵, vulnérables aux changements de circonstances¹³⁷⁶, il arrive souvent que les clauses d'adaptation pour imprévision, à l'exemple de la clause de *hardship*, ne règlent que partiellement la situation parce qu'insuffisantes ou imprécises. Il est également fréquent qu'aucune clause d'adaptation pour imprévision ne traite spécifiquement la situation, laissant ainsi les parties sans directives contractuelles d'adaptation du contrat. À cet effet, il convenait donc de tirer de l'étude de la théorie de « contrat relationnel », les enseignements nécessaires pour améliorer la prise en compte de l'adaptation judiciaire du contrat en cas de circonstances imprévisibles.

808. Ces analyses socio-juridiques du contrat par la doctrine réaliste américaine ont permis de renouveler l'approche conceptuelle des relations contractuelles. Donc, même si, en droit américain, la présence de « *frustration* », c'est-à-dire l'impossibilité matérielle pour l'une des parties d'exécuter ses obligations, a pour conséquence la résiliation automatique du rapport contractuel, elle n'occupe qu'une fonction résiduelle. Pour une partie de la doctrine américaine, la réalité selon laquelle les aléas sont inhérents aux contrats d'affaires impose aux parties de

¹³⁷⁴ M. MANDARD, « Théorie du contrat relationnel et gouvernance des relations interentreprises. Autour de l'œuvre de Ian MacNeil », *Gérer et comprendre, Annales de Mines*, 2012, 109, p. 15. Pour l'auteur, le caractère ponctuel du contrat signifie que *l'identité des parties n'entre pas en ligne de compte et que la transaction est entièrement séparée de toute autre transaction passée, présente ou future. (...) la transaction a lieu entre de parfait étrangers qui ne seront pas amenés à se revoir* ». et le caractère délimité du contrat renvoie au fait que « le contrat revêt un caractère sacré : l'adaptation de la relation aux circonstances rencontrées n'est pas envisageable. Ce caractère sacré du contrat trouve son origine dans l'importance accordée à la liberté individuelle, centrale dans la pensée juridique et philosophique anglo-saxonne dès les XVII^e, XVIII^e et XIX^e siècle ».

¹³⁷⁵ H. BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *op. cit.*, p. 340.

¹³⁷⁶ M. FONTAINE, « Les problèmes du long terme », in *Comment négocier un contrat international à long terme ?*, Colloque de Tours, du 1^{er} au 3 juin 1978, *D.P.C.I.* 141, 143.

prendre conscience qu'elles trouveront un avantage certain à mettre en place un cadre contractuel dynamique et plus relationnel pour une gestion efficace des imprévus.

809. Nous constatons qu'avec la théorie de « contrat relationnel », la révision du contrat pour imprévision implique la prise en compte de plusieurs éléments. Notamment la situation du cocontractant en difficulté d'exécuter ses prestations, l'importance du maintien de la relation contractuelle pour des raisons d'ordre socio-économiques et l'impératif moral de prise en compte du facteur temps¹³⁷⁷ qui peut perturber la stabilité de la relation contractuelle. C'est pour ces raisons que l'émergence du concept de « contrat relationnel » en droit américain a eu pour mérite de démontrer que la conception du contrat n'est pas antinomique avec la théorie de la révision pour imprévision. Dans l'institution contractuelle se mêlent des faits d'incertitudes, de conflits, d'abus, d'individualisme. Ainsi, *l'instrumentum* ne peut pas à lui seul garantir une parfaite gestion de la relation contractuelle. Cette promotion des valeurs relationnelles dans les contrats d'affaires américains, telles que la flexibilité, la préservation de la relation contractuelle, la mutualité dans le contrat, semble être une approche qui a influencé la doctrine solidariste française.

810. La doctrine solidariste française favorable à la révision judiciaire du contrat pour imprévision. En droit positif français, l'ère du rejet de la révision judiciaire du contrat issu du célèbre arrêt *Canal de Craponne*¹³⁷⁸, sur le fondement de l'interprétation stricte du principe de la force obligatoire, est désormais dépassée. Le droit français est demeuré pendant longtemps hostile à la révision économique du contrat par le juge. En réalité, il était axé sur l'importance de la sécurité juridique, qui fait passer sous silence l'incapacité des parties à prévoir avec exactitude l'avenir dans un contrat et à éliminer les imprévus. Sous cet angle, la doctrine classique refusait d'accueillir l'une des réalités signifiantes d'un contrat marqué par le temps, celle d'un contrat d'affaires dont le futur est naturellement insufflé d'incertitudes. Fort heureusement, cette position ne sera pas partagée par la doctrine réaliste française. Dans son

¹³⁷⁷ V. en ce sens, Cass. civ. 1^{er}, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 86, p. 69, LPA 28 juin 2004, p. 18, note C. GAVOTY, O. EDWARDS. Selon les auteurs « *Toute personne dont l'obligation de donner comme de faire ou de ne pas faire quelque chose est échelonnée dans le temps court le risque de voir des événements imprévus en rendre l'exécution plus difficile, voire bouleverser l'économie du contrat. L'existence d'un risque accepté par celui qui s'engage sur la durée, est donc nécessairement intégrée dans le prix négocié* ».

¹³⁷⁸ Cass. civ., 6 mars 1876, in F. TERRÉ et Y. LEQUETTE (eds), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz 2000, n° 163. La Haute juridiction avait affirmé qu'« *en aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ».

article précité¹³⁷⁹, le Professeur H. Bouthinon-Dumas proposa l'adoption de la théorie de l'imprévision en droit privé français. Selon l'auteur, « *les contrats relationnels contiennent structurellement de l'imprévision* »¹³⁸⁰. À cet égard, à travers une approche plus réaliste, il faut souvent faire confiance au juge afin que la relation d'affaires ne puisse pas manquer à ses objectifs fondamentaux : produire son utilité socio-économique et garantir la justice et l'équité qui lui sont inhérentes.

811. La Cour de cassation n'est pas restée totalement insensible à ces critiques. À titre d'illustration, dans le célèbre arrêt *Huard*, le juge avait admis, sur le fondement de la bonne foi, la révision judiciaire du contrat¹³⁸¹. Il avait démontré, en faisant appel à des considérations d'ordre moral pour sauvegarder un lien contractuel en agonie, qu'il était possible de faire confiance aux juridictions dans le processus d'adaptation du contrat en cas de circonstances imprévisibles qui bouleversent son équilibre. Dans cette affaire, la Cour de cassation retient que, pour l'accord qui les lie, le fournisseur devait rechercher en collaboration avec son distributeur une solution qui devait leur permettre de rester sur le marché afin de répondre à la concurrence¹³⁸². Selon la Cour, le fournisseur était tenu d'une obligation de loyauté qui l'oblige à tenir compte des changements de circonstances. Et sur le fondement de l'obligation de bonne foi, elle consacre une obligation de coopération dans l'optique de maintenir son distributeur sur le réseau en acceptant de modifier un prix librement fixé par les contractants pour un contrat en cours d'exécution¹³⁸³. Il convient donc de relever que le rejet de la révision judiciaire du contrat n'était pas absolu. Le juge qui avait déjà entre ses mains l'instrument de moralisation, dans certains cas, était déjà favorable au mouvement évolutif du contrat en fonctions des changements de circonstances économiques.

812. Dans la doctrine française¹³⁸⁴, les arguments qui ont été avancés pour faire admettre celle-ci sont, notamment, l'impératif de rapprocher la règle de droit à la morale ou au bon

¹³⁷⁹ H. BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *op. cit.*

¹³⁸⁰ *Ibid.*, p. 343.

¹³⁸¹ J. MESTRE, obs. sous Cass. com. 3 nov. 1992, « Une bonne foi franchement conquérante...au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat ! », *RTD civ.* 1993, p. 124.

¹³⁸² *Ibid.*

¹³⁸³ *Ibid.*

¹³⁸⁴ V. not. : H. BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *op. cit.*, p. 360 et s. ; J. GHESTIN dans son *Traité* (n° 263 et s.) ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regard sur la théorie de l'imprévision*, mémoire avec préf. A. Sériaux, Aix, P.U.A.M., 1994, pp. 43 s. ; H. BOUTHINON-DUMAS, *op. cit.*, p. 343 ; D. MAZEAUD, « Observations conclusives », *RDC*, janv. 2006, n° 1, p. 180, n° 3 et p. 193-194, n° 24. ; 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.

sens¹³⁸⁵, la nécessité de chercher à travers la théorie de l'imprévision une meilleure justice contractuelle¹³⁸⁶, l'exigence d'une harmonisation pour ne pas soumettre aux sujets de droit nationaux à des règles de droit désavantageuses face à la concurrence qui s'exerce entre systèmes juridiques¹³⁸⁷. Des arguments qui sont indéniablement à la faveur de la moralisation du contrat. À ce stade, ayant donc pris conscience que le droit français se retrouve relativement isolé par rapport aux autres systèmes juridiques qui ont favorablement accueilli la théorie de l'imprévision, il convenait d'admettre que les craintes qui avaient servi à justifier son refus semblent être en désuétude. En effet, il faut reconnaître que les révisions économiques des contrats décidées par les juges suisses, italiens, allemands, belges, *etc.*, des pays qui ont adopté la théorie de l'imprévision, n'ont pas pour autant été arbitraires ou créer une insécurité juridique ouvrant une brèche à leur fragilisation.

813. Illustration justifiant la nécessité de l'admission de la théorie de l'imprévision dans les contrats d'affaires. Prenons à titre d'illustration le cas d'un distributeur en gros de blé, contractuellement lié avec un producteur envers qui il est dans l'obligation, au début de leur relation contractuelle d'acheter un certain volume de blé à un prix fixe. Toutefois, à la suite de récoltes opulentes qui ont été permises par les conditions météorologiques favorables et par la volonté des producteurs de produire suffisamment pour anticiper sur les approvisionnements, les cours du blé s'effondrent, privant ainsi la possibilité pour le distributeur de pratiquer des prix concurrentiels sur le marché. Face à cette situation, il ne serait pas injuste d'envisager que le distributeur puisse avoir le droit de demander la révision du contrat afin qu'il soit en mesure de réaliser dans ses ventes une marge suffisante qui lui permettra de survivre économiquement face à la concurrence. Il est en effet possible d'en déduire qu'il est de l'intérêt du producteur de ne pas laisser son partenaire faire faillite dans la mesure où, lorsque les cours du blé reviendront à la normale, il aura besoin à nouveau des distributeurs avec qui il a l'habitude de collaborer et avec qui une relation de confiance est établie. Cet exemple illustre qu'un contrat relationnel a le mérite d'être révisé en cas de survenance de circonstances nouvelles et imprévisibles qui rend difficile ou très onéreuse pour l'un des contractants, l'exécution de ses obligations contractuelles. Cependant, si la théorie de l'imprévision est arrivée à trouver la place qu'on lui

¹³⁸⁵ Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 16 ; Ch JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Dr. et pat.* Mars 1998.

¹³⁸⁶ V. J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 314.

¹³⁸⁷ D. TALLON, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Études Sayag, Droit et vie des affaires*, 1997, p. 410.

a longtemps refusée dans la doctrine française et dans la doctrine américaine, le constat semble différent en droit sénégalais.

814. Une doctrine sénégalaise qui semble plus valoriser l'intangibilité du contrat issu de l'approche volontariste sans laisser suffisamment de place à la réception de la théorie de l'imprévision. À la différence du droit français et du droit américain, en droit sénégalais, la littérature juridique consacrée à la théorie de la révision judiciaire du contrat pour changement de circonstances imprévisibles n'est pas abondante. Sur le fondement du principe de la force obligatoire du contrat hérité du Code civil français de 1804, comme le relève le Doyen Kéba Mbaye¹³⁸⁸, la théorie de la révision judiciaire du contrat est considérée comme une intruse qui vient perturber la sécurité juridique des relations contractuelles. L'intérêt manifesté sur ce thème en droit sénégalais est marqué par une quasi-sècheresse doctrinale parce qu'insufflé par l'esprit individualiste du contrat issu du Code civil de 1804¹³⁸⁹. En droit sénégalais, peu d'auteurs s'attachent à remettre en cause le principe de la force obligatoire du contrat et à plaider à la reconnaissance de la théorie de l'imprévision en droit sénégalais des contrats. Ce dernier qui reste dominé par l'approche individualiste du contrat interdit au juge la possibilité de réviser le contrat en cas de circonstances extérieures imprévisibles qui viennent bouleverser son exécution¹³⁹⁰.

815. À notre sens, si cette position de rejet est justifiée parce qu'au regard de la loi le contrat est présumé juste, il semble illusoire de vouloir trouver une prétendue incompatibilité entre la théorie de l'imprévision et le principe de la force obligatoire, s'il est admis que le contrat en tant qu'œuvre humaine peut être imparfait. Nous partageons l'opinion de J. Flour et J. -L. Aubert, selon laquelle « *ce qui crée l'insécurité, c'est le bouleversement des conditions économiques, spécialement la hausse vertigineuse des prix. Ce fait, une fois acquis, on n'y remédie pas par l'intangibilité du contrat dans une instabilité générale. Un réajustement a plus de chances de contribuer au rétablissement de la sécurité, en créant les conditions d'un nouvel équilibre* »¹³⁹¹. Au regard de cette approche, il semble évident de ne pas considérer le juge

¹³⁸⁸ K. MBAYE, « Le destin du Civil en Afrique », in *Le code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 531 et s.

¹³⁸⁹ P. S. A. BADJI, « La stabilité du droit contractuel civil et commercial sénégalais : une analyse à la lumière du droit français », *op. cit.*, p. 340 et s.

¹³⁹⁰ V en ce sens, K. I. AGBAM, *Le contrat face à l'imprévision dans les pays francophones d'Afrique subsaharienne : essai d'une analyse normative socio-économique*, Thèse droit, Nantes, 2023, p. 46 et s.

¹³⁹¹ J. FLOUR, J. AUBERT, *Les obligations : l'acte juridique*, Armand Colin, 6^e éd., t. 1, n° 418.

comme un adversaire dangereux, mais plutôt comme un conciliateur dont la fonction est d'alléger les effets de l'imprévision et de rétablir l'équilibre initial.

816. En définitive, nous pouvons relever que c'est en démontrant que le principe de l'intangibilité du contrat n'est qu'un simple choix, que la théorie de l'imprévision a réussi à trouver un point d'ancrage dans certaines législations.

Sous-section 2 : Contrat relationnel et consécration légale de la théorie de l'imprévision

817. La consécration législative de la révision judiciaire du contrat pour imprévision compatible avec le principe de la force obligatoire du contrat. Pour pallier les difficultés liées aux changements des circonstances, le Professeur L. Thibierge propose une nouvelle catégorisation de la notion d'imprévision¹³⁹². L'auteur décrit ce phénomène comme un événement qui entraîne « *une charge ou un profit né, non pas du contrat, mais à l'occasion de l'exécution du contrat, et ne pouvant être alloués par les stipulations contractuelles* »¹³⁹³. Le législateur était donc invité à prendre en compte le temps et les circonstances afin d'adapter les relations contractuelles déséquilibrées¹³⁹⁴. Le prisme original des « contrats relationnels » laisse tout naturellement percevoir les contrats d'affaires comme intrinsèquement déséquilibrés en cas de changement imprévisible de circonstance.

818. Plan. Les arguments mobilisés par la doctrine réaliste ou solidariste¹³⁹⁵ qui a plaidé pour l'admission de la théorie de l'imprévision ont conduit à son intégration dans le droit positif français des contrats (A). Toutefois, elle n'est pas légalement admise en droit américain et en droit sénégalais des contrats (B).

A- L'intégration de la théorie de l'imprévision en droit positif français

819. La révision pour imprévision : une des innovations importantes de la réforme du droit français des contrats confortant la moralisation des contrats d'affaires. L'introduction de la révision judiciaire du contrat pour imprévision dans le Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016 est incontestablement l'une des mesures phares issues de la

¹³⁹² L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, Paris, LGDJ, préf. L. Aynès, 2011, n° 347-351, pp. 219 et s.

¹³⁹³ *Ibid.*, n° 562, p. 326.

¹³⁹⁴ C. JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 Code civil », 1998 *Dr & Patr.* p. 195.

¹³⁹⁵ V. notamment : J. GHESTIN (dir.), Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1994, n° 314 ; Ch. JAMAIN, « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *op. cit.* ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regard sur la théorie de l'imprévision*, mémoire avec préf. A. Sériaux, Aix, PUAM, 1994, pp. 43 s.

réforme du droit des contrats. Elle est une réponse du législateur aux critiques des partisans de la révision du contrat pour imprévision. En effet, avant cette réforme, aucune disposition du Code civil de 1804 ne faisait mention d'une possibilité de révision judiciaire du contrat en cas de changement imprévisible de circonstances qui rend difficile ou onéreuse l'exécution du contrat par l'un des contractants. De surcroît, cette possibilité d'adaptation du contrat par le juge ne pouvait aucunement être déduite implicitement de certains standards qui ont vu le jour en droit des contrats à travers la doctrine et la jurisprudence, tels que la bonne foi, le raisonnable, la loyauté, *etc.* Ces différentes notions ne permettent pas en elles-mêmes, en dehors de tout fondement légal, de justifier la révision judiciaire du contrat. En effet, leur rôle dans la révision du contrat consiste à imposer aux contractants un comportement loyal pendant la révision du contrat pour imprévision. Comme le relève Monsieur K. I. Agbam, ces standards juridiques se trouvaient déjà dans les législations de certains systèmes juridiques, y compris celui du droit français qui l'a tout de même rejeté¹³⁹⁶.

820. Il a donc fallu attendre près de deux siècles après son rejet effectif par la jurisprudence pour que le législateur français traite expressément de la question de la révision judiciaire du contrat dans l'optique de prendre en compte l'essor des contrats qualifiés de relationnels. À travers les dispositions de l'article 1195 du Code civil, le législateur consacre dans ses deux alinéas : une obligation supplétive de renégociation du contrat en cas de changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rendant l'exécution excessivement onéreuse ; une possibilité de rompre le contrat à défaut d'accord ; et la possibilité de s'en remettre au juge qui procédera soit à son adaptation¹³⁹⁷, soit à son dénouement. Selon cette disposition :

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

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

¹³⁹⁶ K. I. AGBAM, *Le contrat face à l'imprévision dans les pays francophones d'Afrique subsaharienne : essai d'une analyse normative socio-économique*, op. cit., p. 82.

¹³⁹⁷ En ce sens, l'accord de l'ensemble des parties est nécessaire au préalable, v. sur ce point : Conseil d'État : Rapport public 2017, *Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2016*, n° 68, 2017, La Documentation française, spéc. p. 262.

raisonnable, le juge peut, à la demande d'une des parties, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

821. Ainsi, la consécration de la théorie de l'imprévision permettant d'accorder au juge un pouvoir de révision du contrat, comme la relève le Rapport du Président de la République, est largement inspirée du droit comparé et des projets d'harmonisation européens. La finalité est d'atteindre l'objectif moral, celui de la justice contractuelle poursuivie par l'ordonnance ; et dans cette optique de moralisation du contrat, en luttant contre tout déséquilibre contractuel¹³⁹⁸. Cela étant dit, l'analyse de la disposition permet de relever que le législateur français a choisi de ne pas faire primer le pouvoir de révision du contrat accordé au juge sur la volonté des parties. En effet, la révision judiciaire du contrat est d'ordre supplétif. Par conséquent, elle peut être écartée conventionnellement par les parties lors de la formation de la relation contractuelle.

822. Les motifs de l'admission légale de la théorie de l'imprévision en droit français. De ce qui précède, nous pouvons affirmer que les raisons qui justifient l'admission légale de la théorie de l'imprévision en droit français sont d'ordre juridique, moral et temporel. D'un point de vue juridique, il est clair que l'adoption de la révision judiciaire du contrat est justifiée par le besoin d'une justice contractuelle et d'une harmonisation d'un droit français des contrats qui est resté isolé pendant longtemps sur cette question par rapport aux autres systèmes juridiques étrangers. Mais, considérée sous l'angle moral, son adoption par le droit positif est implicitement le reflet d'un système de valeurs comportementales trouvées dans les « contrats relationnels », qui impliquent de l'altruisme pour assurer la pérennité des relations d'affaires. L'autre point qui semble justifier en droit positif français l'adoption de la révision judiciaire réside dans l'élément temporel des contrats d'affaires qui sont des relations qui s'échelonnent dans le temps. Ils sont exposés à un environnement favorable aux bouleversements des circonstances économiques du contrat qui fait cesser toute équivalence des prestations¹³⁹⁹ et fait naître des profits et avantages, non pas des stipulations contractuelles, mais du changement de circonstances imprévisible. C'est pourquoi il existe aujourd'hui un besoin moral de révision judiciaire des contrats d'affaires pour prévenir le risque d'anéantissement du contrat. En revanche, depuis sa consécration par l'ordonnance du 10 février 2016, elle n'a pas suscité beaucoup d'enthousiasme dans les juridictions françaises. Même si le gouvernement a plaidé pour le maintien de la révision judiciaire du contrat pour imprévision en faisant valoir le motif

¹³⁹⁸ Rapport du Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve et des obligations, *op. cit.*

¹³⁹⁹ A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.*, n° 829, p. 555.

du caractère supplétif de l'article 1195 du Code civil malgré l'amendement du Sénat pour sa suppression¹⁴⁰⁰, la pratique demeure méfiante. De ce fait, les parties au contrat ont tendance à vouloir écarter conventionnellement l'application de l'article 1195 du Code civil par le biais, par exemple, des clauses d'adaptation du prix sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ou des clauses de *hardship* déjà familières aux contrats d'affaires.

823. Illustration jurisprudentielle. Cependant, rompant avec sa position de principe antérieure, le tribunal de commerce de Paris dans sa décision rendue le 14 décembre 2022, même s'il n'a pas fait droit à la demande de révision du contrat du fournisseur au motif que ce dernier « *ne lui donnait pas les éléments nécessaires pour mesurer le bien-fondé des modifications du tarif présentées* »¹⁴⁰¹, sa décision apparaît à première vue comme révolutionnaire. En effet, il apparaît dans son jugement que le juge du fond est prêt à réviser le contrat en application de l'article 1195 du Code civil. Dans cette affaire, un producteur de carreaux céramique avait conclu un contrat avec un client dans lequel il s'était engagé dans le contrat-cadre à vendre ses produits à un prix plafonné pendant toute la durée du contrat. Quelques mois après la conclusion du contrat, les prix des matières premières et du gaz ont connu une hausse considérable avec la crise du COVID, consécutivement à la guerre en l'Ukraine, et il est devenu impossible pour le producteur de carreaux céramique de maintenir l'approvisionnement au prix initial. Les négociations entreprises n'étant pas fructueuses, le fournisseur a saisi le tribunal de commerce de Paris pour demander la révision du contrat pour imprévision sur le fondement de l'article 1195 du Code civil. Dans leur jugement, les juges consulaires restent traditionnellement fidèles à l'idée de ne pas s'immiscer dans le contrat « loi des parties ». Toutefois, ils ont accédé à la demande subsidiaire du fournisseur et prononcé la résiliation du contrat en application de l'article 1195 du Code civil. Le régime procédural, selon les juges du fond, met sur le demandeur la charge de justifier la pertinence de la révision du contrat sollicitée, notamment du bien-fondé des modifications des tarifs. Ainsi, même si la théorie de l'imprévision reste un outil utilisé avec précaution par les juges, ces derniers se montrent capables en l'espèce de se saisir de leur pouvoir de révision judiciaire du contrat. La ligne directrice qui découle de ce jugement, même si c'est qu'en première instance, est qu'il incombe à la partie demanderesse d'une révision du contrat pour imprévision, de démontrer deux éléments. D'une part, le changement de circonstances imprévisible qui rend l'exécution

¹⁴⁰⁰ Compte rendu analytique de la séance du 1^{er} février 2018, Sénat: <https://bit-ly.ezproxy.univ-orleans.fr/2ITrQsn>.

¹⁴⁰¹ T. com. Paris, 14 décembre 2022, n° 2022033136.

du contrat impossible ou très onéreuse, et d'autre part, de présenter au juge la légitimité de la révision sollicitée et la justifier de façon précise, suffisante et cohérente.

824. En somme, la révision judiciaire du contrat pour imprévision ne doit pas être appréhendée comme un moyen pour les parties de se soustraire de l'exécution de leurs obligations devenues onéreuses, mais comme un instrument d'humanisation incitant les parties à renégocier le contenu du contrat afin d'éviter les injustices ou les profits indus qui découlent de ces changements de circonstances. Les parties qui s'engagent dans un contrat d'affaires ont pour but, non pas d'assister à la disparition du contrat sans que celui-ci puisse satisfaire à son utilité, mais veulent plutôt sa survie, voire la restauration de son déséquilibre pour assurer sa pérennité. Toutefois, le même constat de l'admission légale de la révision judiciaire du contrat ne peut être observé dans les droits positifs, américain et sénégalais.

B- Le flou dans l'admission de la théorie de l'imprévision en droit positif sénégalais et américain

825. Un regard traditionnel de la théorie de l'imprévision en droit américain des contrats. Si la révision judiciaire du contrat pour imprévision a réussi à trouver sa place en droit positif français, le constat n'est pas le même en droit américain des contrats, alors qu'il est souvent affirmé que cette dernière sert d'inspiration au premier. En effet, sur le fondement du principe de l'absolutisme des obligations contractuelles¹⁴⁰² et de l'intangibilité du contrat qui a une valeur de principe¹⁴⁰³, l'acceptation de la théorie de l'imprévision en droit américain n'est ni théorique ni légale jusqu'à la fin du XIX^e siècle. Certes, la doctrine de *frustration* pour *impracticability*, c'est-à-dire lorsqu'un changement de circonstances imprévisibles rend, non pas impossible, mais extrêmement onéreuse l'exécution du contrat, couvrait la théorie de l'imprévision, mais cette dernière était exclue par la jurisprudence américaine¹⁴⁰⁴. Contrairement à son homologue français, le législateur américain avait donc fait le choix de ne

¹⁴⁰² Selon ce principe, les obligations contractuelles sont absolues et par conséquent, même en cas de force majeure, le débiteur de l'obligation ne peut pas se libérer lorsqu'un changement de circonstance imprévisibles survient. Ce principe a été affirmé pour la première fois en droit des contrats anglais dans l'arrêt *Paradine*. V. *Paradine v Jane*, [1647] Aleyn 26 [*Paradine*], in note J. D. WLADIS, « *Common Law and Uncommon Events: The Development of the Doctrine of Impossibility of Performance in English Contract Law* » (1987) 75 Geo L J 1575 aux pp 1576-1577.

¹⁴⁰³ Y.-M. LAITHIER, « L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de *common law* », *RDC* 2010. 407, spéc. 424 s.

¹⁴⁰⁴ E. BARANAUSKAS, P. ZAPOLSKIS, « *The Effect of Change in Circumstances on the Performance of Contract* » (2009) 4 *Jurisprudence* 197, p. 203 ; *Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council*, [1956] AC 696 [*Fareham*]. Cette affaire qui porte sur un contrat de construction est souvent citée comme étant l'arrêt de principe en matière de rejet de la doctrine de *frustration* en cas d'*impracticability*.

pas octroyer de réels pouvoirs de révision du contrat au juge en cas d'imprévision pour modifier l'équilibre économique du contrat en faveur du débiteur¹⁴⁰⁵. Au regard de cette approche fondée sur la conception volontariste du contrat et sur l'incapacité du juge à réécrire des contrats souvent complexes¹⁴⁰⁶, soit les parties sont libérées de leurs obligations parce que la notion de *frustration* établie, soit le cas contraire, elles sont tenues d'exécuter leurs obligations. Rares étaient donc les cas où les tribunaux américains avaient fait droit à la demande d'un contractant qui invoque la *frustration* en cas d'*impracticability*. Dans la mesure où ce dernier est inhérent aux risques, pour les juges, les parties au contrat devaient être assez prévisibles lors de la conclusion du contrat en prenant toutes les mesures en *ex ante* afin de faire face aux imprévus¹⁴⁰⁷.

826. Toutefois, dans quelques rares décisions, la Cour Suprême a apporté des tempéraments au principe de l'intangibilité du contrat et a écarté la règle de l'absolutisme des obligations contractuelles¹⁴⁰⁸. En effet, compte tenu du développement des contrats d'affaires en matière commerciale au début du XX^e siècle et face aux nombreuses actions judiciaires des contractants qui sollicitent l'extension de la doctrine d'*impossibility*, les juges américains ne sont pas restés indifférents à la possibilité de réviser le contrat déséquilibré. Il fallait prendre en compte les changements de circonstances imprévisibles qui rendent excessivement onéreuse l'exécution du contrat pour l'un des contractants. C'est donc sous l'impulsion de cette révolution du droit commercial américain visant à harmoniser le droit de la vente et le droit des transactions commerciales, qu'est né en 1952, sur proposition de la *National Conference of Commissioners on Uniform Stat Laws*, le *Uniform Commercial Code* (UCC) qui s'applique dans les cinquante législations étatiques des États-Unis¹⁴⁰⁹. Celui-ci consacre à son article 2-615 (a) la doctrine de l'*impracticability*. Elle sera également codifiée par le *Restatement Second of Contracts* de 1981 à son article 261¹⁴¹⁰. Toutefois, malgré l'incorporation de la doctrine de l'*impracticability* dans ces deux textes législatifs américains, il faut constater que le pouvoir de

¹⁴⁰⁵ V. L. E. TRAKMAN, « *Winner Take Some : Loss Sharing and Commercial Impracticability* » (1985) 69 Minn L. Rev. 471, pp. 481-482.

¹⁴⁰⁶ Y.-M. LAITHIER, « L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de *common law* », *op. cit.*

¹⁴⁰⁷ E. MCKENDRICK, « *Contract Law* », 9^e éd, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2011, pp. 260-261.

¹⁴⁰⁸ V. en ce sens, *Dermott v Jones*, 69 US (2 Wall) 1 (1864) [Demott].

¹⁴⁰⁹ B. A. BLUM, *Contracts: Examples & Explanation*, 2^e éd., New York/Gaithersburg, Aspen Law & Business, 2001, pp. 25-26.

¹⁴¹⁰ L'article 261 du *Restatement (Second) of Contracts* dispose que : « Lorsque, après la conclusion d'un contrat, l'exécution d'une partie est rendue impraticable sans faute par la survenance d'un événement dont l'inexistence était une hypothèse de base sur laquelle le contrat a été conclu, son obligation de rendre cette exécution est acquittée, à moins que le libellé ou les circonstances n'indiquent le contraire ».

révision du contrat en cas d'imprévision par le juge n'apparaît pas explicitement dans les deux articles. Il convient également de relever que les conditions d'applications de ces deux articles restent floues et vagues. À cet effet, la mise en œuvre de la théorie d'*impracticability* devient difficile¹⁴¹¹.

827. Par conséquent, la jurisprudence américaine s'est entendue sur quatre conditions qui sont similaires à celles qui découlent de l'article 1195 du Code civil pour l'application de la théorie de l'*impracticability*. Ces quatre conditions sont : l'absence de répartition du risque de changement de circonstances aux parties lors de la conclusion du contrat¹⁴¹² ; l'absence d'imputabilité d'une faute à la partie qui demande l'application de la théorie de l'*impracticability*¹⁴¹³ ; l'existence d'un changement imprévisible de circonstances ; et un changement imprévisible qui rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat. Donc, bien qu'il existe implicitement en droit américain des contrats des dispositions qui pourraient servir de fondement à la révision judiciaire du contrat pour imprévision, les juges en font rarement usage. L'un des rares arrêts dans lequel le juge américain a pris l'initiative de réviser le contrat pour imprévision est l'affaire *Aluminum Co. Of America v Essex Group inc.* relative à un contrat de fourniture d'aluminium conclu en 1967 pour une durée de seize ans qui contenait une clause d'indexation. Cette dernière, du fait de la crise énergétique de 1973, causant une augmentation des matières premières, est devenue inefficace pour couvrir suffisamment cette hausse. Pour éviter une perte de 60 millions de dollars à la société *Aluminum Co. Of America*, le juge a fait droit à la demande de révision du contrat en modifiant la clause d'indexation afin de pouvoir couvrir les augmentations des coûts de production¹⁴¹⁴. Il convient de souligner que cette position n'a pas été majoritairement suivie par la jurisprudence ultérieure. Même si, en substance, la doctrine américaine de l'*impracticability* se rapproche par analogie de la théorie de l'imprévision du droit civil français, elle fait l'objet d'une interprétation restrictive, parce que, selon la jurisprudence américaine, tout changement de circonstance devrait être prévisible pour les parties au contrat. C'est également le même postulat qui semble animé le législateur et le juge sénégalais.

¹⁴¹¹ S. J. SIRIANNI, « *The Developing Law of Contractual Impracticability and Impossibility: Part 1* » (1981) 14 UCC LJ 30, p. 31: « *Judicial developments of the doctrine [of impossibility] under Section 2-615 of the Uniform Commercial Code and the common law is largely incoherent.* » ; V. S. WALT, « *Expectations, Loss Distribution and Commercial Impracticability* » (1990) 24 Ind L Rev 65, pp .66-67.

¹⁴¹² Pour plus de détail, voir le commentaire c) de l'article 261 du *Restatement (Second) of Contracts*.

¹⁴¹³ Pour plus de détail, voir le commentaire d) de l'article 261 du *Restatement (Second) of Contracts*.

¹⁴¹⁴ *Aluminum Co of America v Essex Group Inc*, 499 F Supp 53 (1980) [*Aluminum Co*].

828. Le rejet par le COCC du traitement judiciaire de l'apparition de circonstances imprévues dans le contrat. *« Légiférer suppose la prise en considération d'un environnement et, parfois même, des courants de pensée sociaux, économiques et politiques »*¹⁴¹⁵, souligne avec pertinence le Professeur P. S. A. Badji. Dans le contexte actuel du droit privé sénégalais, aucune disposition du COCC ne prévoit expressément le pouvoir de révision du contrat en cas de changement de circonstances imprévisibles qui rend difficile ou onéreuse l'exécution du contrat pour l'un des contractants. La révision judiciaire du contrat pour imprévision est ignorée par le législateur sénégalais¹⁴¹⁶. En effet, à l'instar du droit américain, sur le fondement du principe de l'intangibilité du contrat, la seule possibilité que le législateur sénégalais offre aux parties, c'est la révision conventionnelle du contrat. Les parties peuvent prévoir des clauses qui leur permettent de prévenir les risques d'imprévision qui bouleversent l'équilibre de la relation contractuelle. Comme le fait remarquer le Professeur A. Sakho, *« le recul de l'interventionnisme économique de la puissance publique signifie très souvent la diminution des règles de droit à caractère impératif et, corrélativement, le règne de l'autonomie de la volonté et la liberté individuelle »*¹⁴¹⁷. En conséquence, le recul de l'admission de la révision judiciaire du contrat pour imprévision tient du succès de l'empreinte indélébile laissée par la transposition de l'arrêt *Canal de Craponne* dans le droit positif sénégalais. En commentant la décision rendue le 1^{er} février 1994 par le Tribunal régional de Dakar, le Professeur I. Y. Ndiaye relève l'influence que cette jurisprudence française a eue sur les décisions judiciaires sénégalaises tendant à la révision du contrat pour imprévision, mais également le rejet de celle-ci sur le fondement de la force obligatoire du contrat issu de l'article 96 du COCC¹⁴¹⁸. Dans cette affaire, un client assigne en justice un concessionnaire pour la livraison du véhicule commandé au prix initial convenu dans le contrat. Ce dernier demande la révision du prix initial au motif que la dévaluation du franc CFA intervenue avant l'exécution de son obligation a rendu onéreuse celle-ci. Dans son attendu de principe, le tribunal soutient que : *« la circonstance qu'un changement est intervenu dans les relations d'affaires d'une partie avec ses fournisseurs étrangers rendant plus onéreuse ses engagements vis-à-vis de ce dernier du fait de la dévaluation est inopposable aux tiers en vertu de la règle de la relativité du contrat édictée par l'article 10 du COCC et ce, dans le souci de préserver la*

¹⁴¹⁵ P. S. A. BADJI, « La stabilité du droit contractuel civil et commercial sénégalais : une analyse à la lumière du droit français », *op. cit.*, p. 342.

¹⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 243.

¹⁴¹⁷ A. SAKHO, « Une introduction à la compréhension de la justice contractuelle », *Nouvelles Annales Africaines*, Revue de la FSJP UCAD Dakar, 2008, n° 2/08, p. 337.

¹⁴¹⁸ I. Y. NDIAYE, « Regards sur quelques décisions rendues en matière d'imprévision », *Revue de l'association sénégalaise de droit pénal*, déc-janv 1996, p. 138.

sécurité des transactions. (...). Les parties ne peuvent pas non plus invoquer le fait du prince ou la force majeure pour exiger unilatéralement la révision du contrat, ce qui contrevient aux règles qui régissent les effets du contrat sur les parties, comme le prévoient les articles 96 et 97 du [COCC]. Cette position a été suivie par la jurisprudence ultérieure qui reste fidèle à la conception volontariste du contrat et du principe de l'intangibilité du contrat.

829. Toutefois, nous pensons que les arguments sur lesquels se fondent certains auteurs¹⁴¹⁹ et la jurisprudence sénégalaise pour rejeter l'adoption de la révision judiciaire du contrat pour imprévision ne sont plus soutenables. En effet, le développement des contrats d'affaires et la spécificité de ceux-ci qui sont par nature relationnels permettent aujourd'hui d'organiser une collaboration durable entre les partenaires. L'esprit relationnel des contrats d'affaires qui favorise la révision judiciaire en cas de changement imprévisible de circonstances n'est pas contradictoire avec le principe de la force obligatoire. À notre sens, la révision du contrat pour imprévision permet de pallier la difficulté qui empêche l'un des contractants d'exécuter ses obligations. L'accueil de la théorie de l'imprévision en droit positif sénégalais est possible dans la mesure où la conception générale de la relation contractuelle a évolué en s'intéressant davantage, non pas à la formation du contrat, mais plutôt à son exécution¹⁴²⁰. D'ailleurs, comme le constate le Professeur J. L. Corr  a, imprégner la relation contractuelle de coutumes et d'usages africains permettrait à celle-ci la réalisation de ses objectifs¹⁴²¹. Selon l'auteur : *« il est nécessaire de sustenter le droit des obligations à une sève nourricière aux ferments philosophiques endogènes féconds sans rejeter les riches apports extérieurs, en signe d'œcuménisme juridique »*¹⁴²². Il poursuit pour souligner qu'en *« se plaçant dans une perspective africaine, la catégorie contractuelle doit être refondée sur le solidarisme et moins sur le volontarisme contractuel. Dans cette perspective, il serait utile de réaffirmer la dimension institutionnelle du contrat pour renforcer son caractère internormatif »*¹⁴²³. Au regard de cette approche, il serait donc contraire à la bonne foi et à la justice contractuelle de

¹⁴¹⁹ Nous pouvons citer comme exemple le Pr I. Y. NDIAYE qui soutient que *« le juge ne saurait se comporter en ministre-juge et rétablir l'équivalence des prestations en augmentant celle d'un contractant ou en diminuant celle de l'autre »*. I. Y. NDIAYE, « Regards sur quelques décisions rendues en matière d'imprévision », *op. cit.*

¹⁴²⁰ C. JAMIN, « Pour en finir avec la formation du contrat ! », *LPA* 6 mai 1998, p. 25 ; H. BEALE, « L'abus de pouvoir dans les contrats de longue durée et les limites du droit des contrats », in *  tudes Sayag. Droit et vie des affaires*, 1997, p. 117 et s.

¹⁴²¹ J. L. CORR  A, « L'écriture du droit des obligations au Sénégal », Lamilyne, *Actualité du droit*, 18 juillet 2017, (consulté le 12 janvier 2024).

¹⁴²² *Ibid.*

¹⁴²³ *Ibid.*

contraindre à un contractant d'exécuter un contrat déséquilibré qui découle d'un fait extérieur qui ne lui soit pas imputable.

830. Conclusion de la section 2. En somme, il convient de relever que la théorie de l'imprévision joue un double rôle dans un environnement des contrats d'affaires favorables aux changements imprévisibles des circonstances économiques de l'exécution de la relation contractuelle. Elle a non seulement un objectif qui est le rééquilibrage des obligations, mais sert également d'instrument de garantie de la pérennité du contrat. Les parties qui s'engagent dans une relation d'affaires acceptent certains risques. Pour cette raison, la logique de la révision judiciaire du contrat est, non pas de compenser les obligations non exécutées, mais plutôt de supprimer les déséquilibres contractuels manifestement déraisonnables.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

831. À la fin de ce chapitre, nous avons pu remarquer que la perception de la relation contractuelle a évolué, passant d'une conception individualiste à une conception altruiste, voire relationnelle. Cette mutation révèle un processus de moralisation des contrats d'affaires, qui constitue aujourd'hui un objectif pour les trois systèmes juridiques étudiés, même si c'est à des degrés différents. L'idée est de faire du contrat d'affaires, malgré leur complexité, un lieu de satisfaction des intérêts légitimes, fondement de l'engagement des parties. Les législations nationales et supranationales, les jurisprudences, la doctrine solidariste ont manifesté leurs volontés de renforcer les règles juridiques du contrat pour une meilleure prise en compte des inégalités et des déséquilibres contractuels. Le contrat qui est un instrument d'organisation des rapports sociaux dans l'espace social doit être marqué par une conduite altruiste des parties et un esprit relationnel afin qu'il puisse véhiculer une valeur de justice contractuelle.

832. À une époque où l'atmosphère contractuelle se complexifie, non seulement à cause des changements socio-économiques¹⁴²⁴ et structurels des rapports contractuels, mais aussi par leur internationalisation, l'objectif aujourd'hui est de donner aux contrats d'affaires une voie par laquelle ils pourront bénéficier d'une sécurité juridique et d'une stabilité. Ce sont des éléments nécessaires à la satisfaction des intérêts légitimes des parties au contrat. Il faut comprendre que la reconnaissance de la spécificité des contrats d'affaires, lesquels ont vocation à perdurer, permet d'envisager le recours à la notion d'« altruisme » et au concept de « contrat relationnel » comme vecteur permettant d'organiser une relation de partenariat économique souple, juste et équilibrée. Puisque le besoin de justice et d'équilibre des contrats d'affaires est éprouvé et avéré, il est peut-être temps de reconnaître que c'est en ouvrant la théorie du contrat à certaines valeurs altruistes et relationnelles, que la possibilité de promouvoir la justice contractuelle serait envisageable. Toutefois, si aujourd'hui, le droit positif français est en ligne directe avec cette philosophie de justice contractuelle, notamment avec l'admission légale de la théorie de l'imprévision, le droit américain s'y ancre avec réserve quant à sa reconnaissance, et le droit positif sénégalais, lui, reste fidèle à la conception libérale et individualiste du contrat, avec un rejet total de la théorie de l'imprévision.

¹⁴²⁴ V. notamment : R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1964, n° 25, p. 31 ; B. BERLIOZ-HOUIN, « Le droit de contrats face à l'évolution économique », in *Études offertes à R. HOUIN*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 3 et s. ; J. CALAIS-AULOY, « L'attente légitime une nouvelle source du droit subjectif ? », in *Mélanges à l'honneur de Yves GUYON, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, pp. 171-181.

CONCLUSION DU TITRE DEUXIÈME

833. L'étude des leviers communs de la moralisation des contrats d'affaires a permis de démontrer que l'une des raisons de ce phénomène d'*éthicisation* est de réduire les inégalités contractuelles inhérentes aux relations d'affaires. Il est certain que le principe de liberté contractuelle, qui garantit un libre jeu des volontés des parties, n'est pas gage d'équilibre dans les relations contractuelles. Face à la désuétude et l'insuffisance des principes traditionnels du droit des contrats à permettre au contrat de produire un effet utile à la satisfaction de l'intérêt individuel et de l'intérêt général, de nouvelles théories rattachées à des principes et concepts d'ordre éthique ont émergé en droit français, en droit positif sénégalais¹⁴²⁵ et en droit américain. En effet, la réalisation d'opérations économiques qui pouvaient fonctionner, même lorsqu'elles étaient déséquilibrées, se trouve aujourd'hui prise à défaut par les nouveaux concepts de la moralité contractuelle, à l'exemple de l'équité et la justice contractuelle. Cependant, en droit sénégalais, à l'heure où les fondements classiques qui justifient le caractère obligatoire des obligations sont en déclin, le choix de les renouveler n'est pas clairement identifié par le droit interne. La nouvelle vision du contrat n'a pas encore séduit le législateur sénégalais, alors qu'il est aujourd'hui admis que tout engagement libre n'est pas synonyme de « juste » et que la volonté n'est pas l'unique source de la force obligatoire d'un contrat.

834. À l'évidence, il est donc inadéquat, comme nous avons pu le constater, d'appréhender le contrat comme un simple accord de volonté. Le rééquilibrage des inégalités dans les contrats d'affaires est une idée morale dont l'objectif est clairement de rétablir l'égalité des contractants. Il suffit pour cela de noter le rôle déterminant de l'assouplissement de la conception sacro-saint du principe de l'autonomie de la volonté dans la vie du contrat. Les principes juridiques issus de l'éthique occupaient une place restreinte dans la théorie du contrat. Ils ont vu au fil des années leur rôle s'élargir par des développements portant sur les insuffisances conceptuelles du principe de l'autonomie de la volonté, sur l'équité pour renouveler les fondements de la force obligatoire du contrat à travers la notion d'intérêts légitimes et de pouvoirs contractuels unilatéraux, ou encore de justice contractuelle pour corriger les déséquilibres contractuels.

835. Le compromis trouvé afin de rééquilibrer les inégalités contractuelles dans l'optique de faire du contrat un instrument d'union d'intérêts équilibrés et de coopération loyale

¹⁴²⁵ La notion de droit positif sénégalais est utilisée ici pour faire référence au droit interne sénégalais et aux Actes uniformes OHADA ratifiés par le Sénégal.

entre les contractants¹⁴²⁶ était donc de renoncer à l'hégémonie du principe de l'autonomie de la volonté. Ainsi, pour légitimer le processus de moralisation des contrats d'affaires dans cette aspiration de rééquilibrer les inégalités contractuelles qui ne cessent de croître, le véritable défi était de renouveler l'approche classique de la toute puissante volonté, créatrice de droits et d'obligations irrévocables. En ce sens, il y a lieu de reconnaître qu'il existe aujourd'hui un changement de la conception du contrat, mais que cette nouvelle moralité qui imprègne le droit des contrats d'affaires ne doit pas être appréhendée comme un abandon du principe de l'autonomie de la volonté.

Toutefois, contrairement au droit français et au droit américain qui ont pris en compte cette évolution des fondements du droit des contrats, le droit positif sénégalais, à savoir le COCC, semble être en déphasage avec les nouvelles références d'équité et de justice contractuelle. Dans ce contexte, une réforme du COCC est nécessaire en prenant en compte les grands principes du droit traditionnel africain qui ne sont pas en contradiction avec les nouveaux principes du droit moderne des contrats.

836. Ainsi, grâce à l'analyse des instruments communs de moralisation des contrats d'affaires, nous avons pu faire l'état des lieux des raisons légitimes qui justifient l'*éthicisation* des contrats d'affaires dans les trois systèmes juridiques étudiés. Nous pouvons affirmer que le souci d'équilibre des relations contractuelles et la prise en compte de l'importance de la performance économique dans les contrats d'affaires innervent le droit entier, aussi bien au niveau interne, communautaire et international. Ce constat s'est confirmé grâce à l'étude que nous avons réalisée sur les différentes manifestations de l'assouplissement du principe de l'autonomie de la volonté par l'émergence des concepts d'équité et de justice contractuelle. Ainsi, cette étude a démontré que les impératifs d'ordre moral qui imprègnent le droit des contrats d'affaires ont utilement servi de support dans cette recherche de rééquilibrage des inégalités contractuelles parfois complexe à appréhender.

¹⁴²⁶ R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. III, 1931, n° 3.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

837. Conclusion partie 2 relative aux instruments communs de la moralisation des contrats d'affaires. Après une analyse approfondie des légalisations des trois systèmes juridiques étudiés dans la première partie qui nous a permis d'identifier des instruments juridiques spécifiques qui attestent une dynamique de la moralisation des contrats d'affaires, nous avons identifié, dans la deuxième partie, les instruments communs à l'*éthicisation* des contrats d'affaires, répondant à une demande sociétale croissante de probité, de justice contractuelle et de rééquilibrage des inégalités contractuelles. Il existe en droit sénégalais, en droit français et en droit américain, de multiples dispositions similaires visant à préserver la conformité des contrats d'affaires à une certaine moralité. On aurait pu penser que le droit des contrats d'affaires était ignorant de la prise en compte des exigences éthiques, c'est bien à tort. En effet, grâce à l'important déploiement de la *compliance* dans les différents systèmes juridiques, mais également le contrôle accru de l'équilibre contractuel par le principe d'équité et l'obligation morale de justice contractuelle, la sécurité contractuelle des contrats d'affaires qui vise à protéger l'acte juridique aux comportements abusifs et aux circonstances imprévisibles attachées à son contenu est garantie.

838. Le droit des contrats d'affaires contrôle la probité par la *compliance*. Un outil occupe dans ce XXI^e siècle une place non négligeable dans le processus de moralisation des contrats d'affaires. Il s'agit du spectre de la *compliance*. L'introduction d'obligations de *compliance* dans les contrats d'affaires a permis d'instaurer un risque légal, mais aussi moral de sanction. C'est donc une forme de responsabilisation des acteurs économiques efficace qui facilite grandement la diffusion de la culture éthique. Les acteurs économiques sont imprégnés par la volonté de sécuriser leurs investissements et pérenniser leurs relations d'affaires. Pour cette raison, il est de leurs intérêts d'écarter tout risque menaçant la réalisation de leurs objectifs en s'appropriant la gestion des « buts monumentaux négatifs ». Eu égard à ces paramètres, la *compliance* est aujourd'hui intégrée à l'ingénierie managériale des contrats d'affaires. Progressivement et sous l'effet de la mondialisation des activités économiques qui a accentué les risques d'atteinte à la probité, l'environnement réglementant les contrats d'affaires s'est transformé par l'émergence de la *compliance* que les pouvoirs publics se sont appropriée, mais en déléguant la réalisation des objectifs aux acteurs économiques.

839. Le droit des contrats d'affaires contrôle l'équité et la justice contractuelle.

Deux raisons justifiant le besoin de moralisation des contrats d'affaires à travers des instruments juridiques communs, à savoir l'équité et la justice contractuelles, ont été identifiées. La première raison que nous avons identifiée découle de la prise de conscience, d'une part, du mythe d'égalité fictive entre les parties au contrat, fondé sur le principe de l'autonomie de la volonté, et d'autre part, de l'existence d'une nouvelle approche du contrat fondée sur l'utilité concrète du contrat qui répond à l'intérêt commun des parties. Autrement dit, le mythe de contractants libres et égaux, n'étant plus considéré comme gage de justice contractuelle, a permis de prendre en compte l'intégration des valeurs éthiques dans les relations contractuelles et de découvrir un besoin très présent dans les contrats d'affaires de rééquilibrage des inégalités contractuelles. La deuxième raison légitime de moralisation des contrats d'affaires est le besoin de protéger la partie faible contre les pratiques abusives afin de renforcer la confiance entre contractants pour des contrats d'affaires plus utiles et durables.

840. Dans l'hypothèse de rééquilibrage des inégalités contractuelles, celle-ci se manifeste par le tempérament du principe de l'autonomie de la volonté en procédant à l'aménagement du principe de la force obligatoire du contrat et une recherche de justice contractuelle. Dans ses manifestations à travers des normes de comportements qui limitent l'exercice des prérogatives ou de droits contractuels, le rééquilibrage des inégalités contractuelles se présente comme un facteur de renouvellement de la conception classique du contrat. Par conséquent, tant en droit français qu'en droit américain, les aspects éthiques des instruments juridiques fondés sur l'équité, tels que la notion d'« intérêt légitime », les notions de « *reasonable expectations* » ou de « *reliance* », qui présentent des similitudes de conceptualisation, ont permis de renouveler les fondements de l'obligation juridique du contrat. Nous l'avons relevé dans le contrôle de la mise en œuvre des prérogatives contractuelles de nature conventionnelle, ainsi que de l'admission de la théorie de l'imprévision. Toutefois, nous avons pu relever qu'en droit sénégalais, la force obligatoire du contrat semble toujours trouver son fondement exclusivement dans la volonté déclarée au détriment de la volonté subjective des contractants. Outre, nous avons également constaté en droit sénégalais une carence d'instruments juridiques de contrôle de licéité du phénomène de pouvoirs contractuels, en particulier l'enjeu de la lutte contre les clauses attributives de pouvoirs contractuels de source conventionnelle.

À travers des méthodes conceptuelles, il a été relevé que le dogme de l'autonomie de la volonté ne pouvait seul fonder l'équilibre contractuel. En effet, la simple déduction d'une

égalité de fait des parties au contrat, parce que libres, ne pouvait plus à elle seule garantir l'utilité socio-économique du contrat et l'intérêt légitime que les parties attendent du contrat d'affaires conclu.

841. Appréhendés comme normes de comportement au sein des contrats d'affaires, nous avons également décelé que les concepts d'« altruisme », de coopération et de « contrat relationnel » en tant que nouveaux paradigmes du droit des contrats sont des instruments de correction des déséquilibres contractuels, utilisés pour favoriser une relation contractuelle « juste et utile » pour les parties. Ils ont favorisé la reconnaissance du statut de contractants faibles dans les relations d'affaires afin de dépasser les conceptions individualistes et libérales qui font que les contrats d'affaires sont perçus comme un temple d'intérêts antagonistes. Ainsi, devant un tel essor de l'irrigation des exigences éthiques dans les textes législatifs, dans la jurisprudence et dans la doctrine, est-il possible de faire sortir la dynamique de la moralisation dans les entrailles contractuelles ?

CONCLUSION GÉNÉRALE

842. L'étude comparée que nous avons menée sur un sujet passionnant a tenté de rendre compte de l'existence d'une dynamique de moralisation des contrats d'affaires en droit français, en droit sénégalais et en droit américain. Même si des différences subsistent, relatives notamment à la culture juridique, à la diversité des méthodes d'élaboration des normes qui sont spécifiques à chaque tradition juridique nationale et à la divergence d'appréhension de la conception du contrat, les solutions juridiques aboutissent souvent à des résultats identiques par l'usage d'outils parfois similaires. Le droit français, le droit sénégalais et le droit américain sont porteurs d'un objectif similaire quand bien même il connaît des intensités différentes. En effet, si une conception renouvelée du contrat demeure marginale en droit sénégalais, elle est en revanche très présente en droit français et en droit américain. Ce mouvement de renouvellement de la conception classique du contrat est incontestable. Il s'est imposé par la consécration de nouvelles exigences d'intérêt commun en prenant appui sur de nouveaux principes comportant une dimension morale. L'intégration d'exigences éthiques dans le droit des contrats d'affaires permet de rendre le contrat plus juste et plus utile.

843. L'identification de l'éclosion de la moralisation des contrats d'affaires a nécessité de revenir sur les raisons qui poussent aujourd'hui le droit français, le droit sénégalais et le droit américain à emprunter cette dynamique de l'éthique. C'est pourquoi, dès la première partie de cette étude, nous avons relevé les outils de droit commun et de droit spécial qui marquent les manifestations de la moralisation des contrats d'affaires fondées sur des règles, principes et standards poursuivant tous ce but précis. L'analyse s'est tout d'abord portée sur les outils traditionnellement présentés comme archétype de la moralisation des contrats d'affaires. Une attention toute particulière a été également portée dans la deuxième partie, sur un instrument innovant de moralisation des contrats d'affaires qui est omniprésent dans les trois systèmes juridiques étudiés. Il s'agit du mouvement de *compliance* qui vise à l'internalisation de buts fondamentaux - jusque-là poursuivis par les États - dans le champ contractuel.

844. Par une analyse exégétique des règles de droit commun et de droit spécial relatives aux contrats d'affaires, il a été démontré que, malgré la différence d'intensité des mécanismes d'irrigation des règles éthiques dans les contrats d'affaires, les objectifs se recoupent. Les systèmes juridiques étudiés dans cette recherche ont mis en place, par le biais de nouvelles lois ou de décisions innovantes, de nouvelles normes destinées à garantir la justice dans les contrats d'affaires pour contrebalancer l'idéologie de justice inhérente au contrat, fondée sur le principe

de l'autonomie de la volonté. Ces normes, sans fragiliser la sécurité juridique recherchée dans le contrat, visent à favoriser l'équité, l'utilité du contrat et la justice de la relation contractuelle.

845. Un processus de moralisation des contrats d'affaires engagé par l'usage d'instruments spécifiques. La recherche de la réalité conceptuelle et matérielle du phénomène de moralisation des contrats d'affaires nous a amené à porter un regard généralisé sur les instruments traditionnels qui traduisent le mieux ce phénomène dans chaque système juridique étudié. Il s'agit de la bonne foi, de la cause et du « *raisonnable* » qui se rejoignent du fait de leur nature éthico-juridique.

846. La consécration de la bonne foi comme principe général par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats a permis de démontrer que cet instrument est le support d'expression par excellence des exigences éthiques dans les contrats d'affaires en droit français. En examinant le concept de bonne foi et en mettant en évidence son caractère juridique incertain, cet outil constitue l'épicentre du droit français régissant l'émergence de diverses obligations contractuelles, tant explicites qu'implicites, telles que l'obligation générale d'information ou l'interdiction de l'abus de dépendance.

En effet, une approche fonctionnelle du principe de bonne foi permet de démontrer qu'elle est un instrument juridico-moral de protection de la volonté des parties et de l'utilité économique du contrat. Elle concilie la dynamique relationnelle qui comporte une dimension altruiste et la liberté contractuelle. En intégrant la bonne foi dans le Code civil comme principe directeur, le droit des contrats français peut forger des comportements imposés aux parties qui contribuent à une meilleure efficacité du contrat. Elle s'impose ainsi en droit français comme le premier instrument de la moralisation des contrats d'affaires.

847. Quant à la cause qui a expressément disparu des dispositions du Code civil français à l'issue de la réforme de 2016 du droit des contrats, elle se maintient formellement et dans sa substance dans les dispositions du COCC qui l'érige en instrument de référence de la moralisation des contrats d'affaires. Même si le dispositif juridique de contrôle des comportements est par moment illisible ou incomplet, il faut admettre que la volonté du législateur sénégalais de contrôler de licéité du contenu du contrat, de son équilibre et de son économie se manifeste par la notion de cause. Son recours en tant que mécanisme de contrôle de l'existence de la cause dans les contrats d'affaires se fonde sur le souci d'équité afin de veiller à l'utilité du contrat. En faisant de la cause un élément cardinal du contrat, nous pouvons donc affirmer que les problèmes concrets en matière contractuelle que le législateur et

la jurisprudence sénégalaise tentent de résoudre à travers le contrôle de licéité, de moralité et d'existence de l'économie du contrat sont ceux du déséquilibre des prestations respectives, des clauses abusives ou obscures, de l'illicéité du contenu du contrat ou des inégalités de droit et de fait.

Toutefois, par mimétisme du droit français et des instruments internationaux de droit uniforme relatifs à la matière contractuelle, le droit positif sénégalais, ainsi que le droit OHADA qui s'applique de façon uniforme aux États membres, se sont appropriés du recours à la bonne foi pour moraliser les contrats d'affaires. La bonne foi postule en faveur d'une égalité entre les parties et d'un équilibre contractuel en imposant des normes de comportements, telles que l'obligation d'information, la loyauté et l'obligation de minimiser le dommage. Celles-ci se présentent dans l'espace OHADA comme des instruments de manifestation de la moralisation des contrats d'affaires. Même si l'obligation générale d'information n'est pas expressément codifiée dans le COCC et dans l'AUDCG, l'analyse des dispositions, à l'exemple de l'article 237, alinéa 2 de l'AUDCG ou les articles 60, alinéas 2 et 63 du COCC, a permis de relever son existence. **De ces constatations, nous déplorons l'absence de codification en droit positif sénégalais de l'obligation générale d'information, qui, en tant que vecteur de moralité, occupe une place importante dans la recherche de l'équilibre des relations contractuelles.**

848. De son côté, le standard du *raisonnable* développé par les juges américains, lesquels sont chargés de définir les concepts fondamentaux du droit des contrats, a servi d'instrument de référence de moralisation des contrats d'affaires. En tant que norme de comportement permettant d'apprécier objectivement l'existence d'un contrat et les écarts de conduite, le standard du « *raisonnable* » incarne des exigences éthiques pour encourager des comportements justes et vertueux. Le droit américain des contrats guidé par des motivations d'équité a légitimement fait le choix de l'utiliser comme instrument de moralisation du comportement des parties dans les relations d'affaires. L'analyse de la jurisprudence et des règles de droit américaines nous a permis de relever deux obligations dérivées du standard du « *raisonnable* » : l'obligation de minimiser le dommage et le concept de *promissory estoppel* ».

849. Tout d'abord, longtemps ignorée par le droit positif français, la pertinence de l'utilisation de l'obligation de minimiser son dommage qui est considérée comme une règle traditionnelle en *common law* ne se limite pas au seul rapport économique. En effet, elle inclut des facteurs d'ordre social et moral, c'est-à-dire un devoir de conscience envers soi-même de limiter l'aggravation de son propre dommage qui découle du devoir de coopération.

850. Ensuite, il faut souligner que le concept de « *promissory estoppel* » qui découle de la théorie de l'équitable s'impose comme une manifestation du standard du « *raisonnable* ». Il s'agit d'un instrument utilisé par les juges américains, initialement très attachés à la théorie de la *consideration*. Il permet de rendre la promesse de contrat obligatoire ou de considérer le contrat comme formé lorsqu'une croyance légitime a été suscitée. Le recours au concept de « *promissory estoppel* » permet d'assouplir les règles du droit américain des contrats, qui sont perçues comme trop rigides par une partie de la doctrine. Contrairement au droit français et au droit sénégalais, en vertu desquels le contrat se forme par le simple échange de consentements, en droit américain des contrats, l'existence d'une *consideration* est une condition obligatoire.

Ce qui singularise le droit américain dans le processus de moralisation des contrats d'affaires est de ne pas avoir rattaché les principes éthico-juridiques à une base textuelle ni les avoir circonscrits dans un champ d'application déterminé.

851. L'étude a montré que la moralisation des contrats d'affaires est « *tentaculaire* » parce que disséminée dans les différentes branches du droit, ainsi que dans les différentes institutions juridiques qui encadrent la matière contractuelle. Les outils de moralisation des contrats d'affaires sont aussi nombreux que les branches du droit et les institutions nationales et internationales chargées de les élaborer. Il ne s'agit pas d'un processus parfait eu égard au risque de perte d'efficacité et de lisibilité des règles de droit appliquées aux contrats d'affaires. Mais la question mérite une attention particulière parce que les normes éthiques ne sont pas étrangères à la matière contractuelle et y occupent une place de plus en plus importante. Elles permettent d'établir le lien entre le droit des contrats d'affaires et certaines valeurs juridico-éthiques, telles que l'altruisme, la coopération, la solidarité, la fraternité ou la loyauté.

852. La seconde partie de cette recherche a consisté à identifier les instruments communs et à analyser les raisons légitimes qui justifient ce phénomène de moralisation des contrats d'affaires. L'étude exégétique des règles juridiques, de la doctrine, de la jurisprudence est venue confirmer les besoins de rééquilibrage des inégalités contractuelles, de performance économique et d'attractivité juridique sous-tendus par la moralisation des contrats d'affaires.

853. La moralisation des contrats d'affaires par un instrument spécifique à la régulation des activités économiques, mais commun aux trois systèmes juridiques étudiés. La recherche des outils de moralisation des contrats d'affaires a fait apparaître l'émergence d'un instrument qui a réussi en peu de temps à démontrer toute sa puissance et son importance dans le processus d'éthicisation des relations d'affaires : la *compliance*. Très fortement liée au

phénomène de la mondialisation des activités économiques, la *compliance* a réussi à occuper une place de premier choix dans la régulation des activités économiques. Les vertus de ses mécanismes ont tout d'abord fait leurs preuves en matière bancaire. En droit français avec la loi « Sapin 2 » de 2016 et la loi Vigilance de 2017 ; en droit sénégalais avec la loi n° 2004-09 du 6 février 2004 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux (nouvelle loi n° 2024-08 du 14 février 2024) ; et en droit américain avec le *US Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* adopté dans le cadre de la lutte contre la corruption des agents étranger, renforcé en 1998 par la loi *internationale Anti-Bribery* sur la lutte contre la corruption et pour la concurrence.

854. À la lumière de cette étude, nous comprenons pourquoi nul ne peut nier que par le mécanisme d'application extraterritoriale du dispositif de *compliance*, le droit américain a réussi à faire croire à l'existence d'une conscience éthique commune de respect des règles appliquées aux activités économiques. Par son déploiement, cela a permis d'inciter d'autres systèmes juridiques, notamment le droit français au départ hostile, à faire de la *compliance*, l'arme efficace de référence pour la sensibilisation des comportements des acteurs économiques nationaux et transnationaux, pour la lutte contre la corruption, contre le blanchiment de capitaux, contre la violation de droits fondamentaux ou contre le financement du terrorisme.

855. Ainsi, les particularités du dispositif de *compliance* résident, d'une part, dans la combinaison de la méthode d'incitation à la *self-régulation* et la méthode des sanctions dissuasives par le biais de la coopération entre acteurs économiques régulés et autorités de poursuite ; et d'autre part, dans la sévérité des sanctions prononcées par les accords transactionnels (DPA, NPA ou CJDP) qui ont eu un réel impact sur la prise de conscience de la part des acteurs économiques. Le succès de la *compliance*, même si elle n'est pas une solution miracle de résolution de tous les « buts monumentaux », passe par la nécessité d'agir *ex ante*, notamment par l'incitation à la mise en place d'un programme de *compliance* au sein des entreprises multinationales.

856. De ces constatations, sous l'influence du phénomène de la globalisation économique et l'avènement de la *compliance*, le droit français et le droit américain ont développé de nouvelles méthodes, plus aptes à réguler les activités économiques de plus en plus envahies par des comportements immoraux. En effet, pour être en harmonie avec la logique de la *compliance*, les deux systèmes juridiques ont renforcé le pouvoir des acteurs de contrôle et impliqué les acteurs économiques dans le processus de régulation de leurs activités en les

soumettant à des obligations de prévention et à un devoir de vigilance. Les sanctions ont également été diversifiées et endurcies afin de rendre audibles les règles juridiques et éthiques.

857. Toutefois, en droit sénégalais, l'imbrication de la culture de *compliance* avec les contrats d'affaires apparaît comme insuffisante. Le législateur se limite à établir des règles juridiques qui se rattachent à la logique de la *compliance* sans une réelle politique législative de responsabilisation des acteurs économiques. Par conséquent, en l'absence de pouvoir de sanctions administratives et de sanctions transactionnelles négociées, les autorités de contrôle, telles que l'OFNAC, la Cour des comptes ou la CNTIF, manquent d'efficacité dans la réalisation de leurs missions liées. Cela s'explique notamment par le défaut d'autonomie de ces autorités et l'insuffisance des moyens d'intervention. La logique de l'*ex ante* qui fait le succès des dispositifs de *compliance* est donc relative ou même quasi absente dans l'élaboration des règles de contrôle des contrats d'affaires en droit sénégalais. Il convient de retenir que l'objectif de la *compliance* va au-delà de la contrainte ou de l'incitation au respect des normes applicables. Le but consiste également à inculquer sur le plan éthique une culture d'intégrité, de la transparence, d'équilibre des relations contractuelles et de confiance renouvelée à l'égard des parties prenantes. Et dans un contexte plus général, la *compliance* pourrait être appréhendée comme un facteur d'égalité des chances et des droits entre parties contractantes ou même entre concurrents.

858. La moralisation des contrats d'affaires a également répondu à la question de l'insuffisance de la théorie individualiste et volontariste du contrat, en favorisant l'usage d'outils présentant la particularité de redonner aux contrats d'affaires une dimension morale. En ce sens, pour assurer un rééquilibrage des inégalités contractuelles, les règles intangibles qui accordent au dogme de l'autonomie de la volonté son hégémonie ont été atténuées. Le principe de la force obligatoire du contrat ne pouvant plus être considéré comme l'unique paradigme de la gestion de l'équilibre contractuel, ses fondements ont été renouvelés en droit français et en droit américain par le biais du principe d'équité et de justice contractuelle. Et l'intangibilité du contrat a perdu son statut de principe en droit français, en se transformant en exception en raison, notamment de la multiplication, ces dernières années, des possibilités offertes aux contractants pour moduler le contenu du contrat par l'usage de mécanismes unilatéraux, ou de solliciter les pouvoirs étendus du juge pour réviser ou anéantir le contrat. Toutefois, le droit positif sénégalais reste indifférent à l'égard de ces dernières parce que très attaché à l'hégémonie du principe de l'autonomie de la volonté, même si elle connaît un assouplissement en droit OHADA. Le rejet de l'admission de théorie de l'imprévision par le législateur

sénégalais en est un exemple, alors que sa consécration apparaît comme indispensable, en tant que support permettant de remédier aux déséquilibres contractuels.

859. La moralisation des contrats d'affaires témoigne ensuite d'une vision managériale et de politique législative. Notre étude a permis de montrer que la recherche de performance économique dans les contrats d'affaires et d'attractivité juridique est sous-tendue par des impératifs d'ordre moral. Nous nous sommes également intéressés à l'utilisation des outils technologiques dans la pratique contractuelle. Malgré les risques qu'ils comportent, ils peuvent dans une certaine limite contribuer au processus de moralisation des contrats d'affaires.

860. Au terme de cette étude, il peut être affirmé que la moralisation des contrats d'affaires est une réalité qui s'opère par le renouvellement des principes et fondements qui gouvernent le droit des contrats. Malgré les dissemblances traditionnelles constatées entre le système juridique de la *common law* américaine et les systèmes juridiques civilistes de droit français et de droit sénégalais, il existe de nombreuses similitudes dans le mouvement d'intégration de normes éthiques dans les contrats d'affaires. Il s'agit alors, de part et d'autre, de s'éloigner du paradigme individualiste issu de la conception classique du contrat pour promouvoir l'identité économique des contrats d'affaires.

861. Tel est la tendance actuelle du processus de moralisation des contrats d'affaires qui voit son domaine d'application s'élargir, permettant la diffusion d'un certain nombre de principes éthiques pour pallier l'insuffisance des principes traditionnels contractuels à contrôler les comportements immoraux. Cependant, son éclosion dans la matière contractuelle pourrait faire naître des conséquences procédurales, tant sur le rôle du juge que sur les actions ouvertes aux parties au contrat. Cela pourrait inclure le renforcement ou la limitation des pouvoirs du juge, l'élargissement des actions et des sanctions, des litiges plus casuistiques et moins mécaniques. La présente étude s'est efforcée de mettre en lumière le processus de moralisation que connaît le droit des contrats d'affaires. Ainsi, ses résultats ouvrent plusieurs perspectives de recherche. L'une d'entre elles consisterait à étendre cette étude au mouvement de moralisation des contrats d'affaires, qui touche également le droit des sociétés, au regard de l'article 1833 du Code civil, lequel traduit une transformation de l'entreprise en société de missions présentant un intérêt économique, mais aussi un intérêt social. Celui-ci est un nouvel outil qui permettrait de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux.

Bibliographie

Ouvrages généraux, Traités et Manuels

Références en langue française

A

AUBRY (C.), RAU (C.) :

- *Cours de droit civil français*, t. 2 Strasbourg, Lagier, 1839, 584 p.
- *Droit civil français, Cours de droit civil français d'après la méthode Zachariae*, t. 4, 6^e éd., Paris, Marchal & Billard, 1942, 493 p.

B

BALDE (T.), *Le nouvel essor de l'obligation d'information précontractuelle en droit commun des contrats*, Thèse de Droit, Université Aix-Marseille, 2023, 493 p.

BASTIDE (G.), *Traité de l'action morale*, t. 1, *Analytique de l'action morale*, PUF, 1961, 433 p.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), BARDE (L.) : *Traité théorique et pratique de droit civil : des obligations*, t. 1, Paris, Librairie de la société du recueil des lois et des arrêts, et du Journal du Palais, 1897, 682 p.

BENABENT (A.), *Droit des obligations*, 19^e éd., Coll. Domat, Paris, LGDJ, 2021, 762 p.

C

CANTO-SPERBER, (M.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Coll. Quadrige, 4^e éd., Paris, PUF, 2004, 2080 p.

CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2008, 941 p.

COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2019, 1094 p.

CONSTANTINESCO (L.-J.) :

- *Traité de droit comparé : introduction au droit comparé*, t. 1, Paris, LGDJ, 1972, 243 p. ;
- *Traité de droit comparé : la méthode comparative*, t. 2, Paris, LGDJ, 1974, 412 p.

D

DAVID (R.) et PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit anglais*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1985, 382 p.

DE PAGE (H.), *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1990, 1620 p.

DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris, Rousseau, 1923, 756 p.

DEMOLOMBE (C.), *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, *Cours de Code Napoléon*, t. 24, Paris, Lahure, 1878-1887, 672 p.

F

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations : contrat et engagement unilatéral*, 6^e éd., Coll. Thémis, Paris, PUF, 2021, 904 p.

FAGES (B.), *Droit des obligations*, 11^e éd., Paris, LGDJ, 2021, 592 p.

G

GANBARO (A.), SACCO (R.), VOGEL (L.), *Traité de droit comparé : Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ, 480 p.

GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, Coll. Biblio. Dalloz, Paris, Dalloz, 2004, 508 p.

GHESTIN (J.), BARBIER (H.), *Introduction générale*, Coll. Traité de droit civil, GHESTIN (J.) (dir.), 5^e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, 958 p.

GHESTIN (J.) JAMAIN (C.), BILLIAU (M.), *Les effets du contrat*, in *Traité de droit civil*, GHESTIN (J.), 3^e éd., Paris, LGDJ, 2001, 1340 p.

H

HOUTCIEFF (D.), *Droit des contrats*, 7^e éd., Paris, Bruylant, 2022, 794 p.

J

JACOB (A.), *Encyclopédie philosophique universelle, les notions philosophiques*, t.1, Vendôme, PUF, 1998, 4656 p.

JOLOWICZ (J.-A.) (dir.), *Droit anglais*, Coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 1986, 672 p.

L

LATINA (M.), « Contrats (généralités) », *Rép. civ. Dalloz*, déc. 2013 (actualisé en 2016).

LE TOURNEAU (P.) (dir.), *Droit de la responsabilité et droit des contrats : Régimes d'indemnisation*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2023/2024.

LE TOURNEAU (P.), *L'éthique des affaires et du management au XXe siècle*, Dalloz Donod, Paris, 2000, 269 p. (livre révisé en nov. 2016).

M

MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, Coll. Droit civil, MALAURIE (P.), AYNES (L.) (dir.), 11^e éd., Paris, LGDJ, 2020, 895 p.

MESTRE (J.), PUTMAN (E.), BILLIAU (M.):

- *Traité de droit civil*, LGDJ, 1996, 964 p.
- *Traité de droit civil : théorie générale*, LGDJ, 1996, 520 p.

MONNERIE (N.), *La compliance. De son apparition américaine à son appréhension européenne*, Thèse de Droit, Université Côte d'Azur, 2022, 520 p.

MONTANIER (J-C), SAMUEL (G.), *Le contrat en droit anglais*, Presses Universitaires de Grenoble, 1999, 143 p.

P

PEPINO (C.), *La performance en droit des affaires*, Thèse Droit, Aix-Marseille, 2018, 441 p.

PLANIOL (M.) RIPERT (G.), *Traité de droit civil français*, t. 6, Paris, LGDJ, 1930, 1003 p.

S

SAVATIER (R.), *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. 2, Paris, LGDJ, 2016. 580 p.

SAVAUX (E.), *Le théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, t. 264, Coll. Biblio. De droit privé, Paris, LGDJ, préf. AUBERT (J.-L.), 1997, 408 p.

T

TOSI (J.-P.), *Le droit des obligations au Sénégal*, Coll. Bibl. africaine et malgache, Paris, LGDJ, 1981, 414 p.

Monographies, Ouvrages spéciaux et Thèses

A

ALBIGES (C.) :

De l'équité en droit privé, préf. Cabrillac (R.), Coll. Biblio. De droit privé, Paris, LGDJ, 2000, 383 p.

« Équité », *Rép. civ. Dalloz*, oct. 2017.

AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, préf. GUYON (Y.), Coll. Biblio. De droit privé, Paris, LGDJ, 1995, 404 p.

ANDRONESCO (D.), *L'inégalité des prestations dans les contrats*, Paris, PUF, 1922, 190 p.

ANNICK-GREGOIRE (M.) :

- *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, Coll. Minerve, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 111 p.
- *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, Coll. Minerve, Cowansville, Éditions Yvob Blais, 2010, 300 p.

ANQUETIL (A.), *Qu'est-ce que l'éthique des affaires ?*, Librairie Philosophique Vrin, Coll. Chemins Philosophiques, Paris, 2008, 128 p.

ANQUETIL (A.), BON (M.), CARDOT (F.), CONNAN (J-F.), HIRECHE-BAÑADA (L.), HOMMEL (T.), NILLES (J-J.), ORRU (S.), SAINCY (B.), *Éthique de l'entreprise, réalité ou illusion ?*, L'Harmattan, Coll. Éthique en contextes, Paris, 2010, 188 p.

ARISTOTE, *Sur la justice, Éthique à Nicomaque, Livre V*, Paris, Flammarion, 2008, 126 p.

ARSAC-RIBEYROLLES (A.), *Essai sur la notion d'économie du contrat*, Thèse, Droit, Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2005.

B

BADIOU, (A.), *L'éthique : Essai sur la conscience du mal*, Coll. Optiques Philosophie, Paris, Hatier, 1993. 79 p.

BALLOT-LÉNA (A.), *La responsabilité civile en droit des affaires : Des régimes spéciaux vers un droit commun*, préf. DUBOIS (P.), Coll. Biblio. De droit privé, LGDJ, 2008, 572 p.

BARBIÉRI (J.-J.), *Vers un nouvel équilibre contractuel ? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, Thèse, Toulouse, 1981, 643 p.

BEHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Coll. Études juridiques, Economica, 2001, 192. p.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), VIRASSAMY (G.), *Les contrats de distribution*, in *Traité des contrats*, GHESTIN (J.) (dir.), Paris, LGDJ, 1999, 938 p.

BERTHIAU (D.), *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. SOURIOUX (J.-L.), Coll. Biblio. De droit privé, Paris, LGDJ, 1999, 475 p.

BESSIS (P.), *Le contrat de franchisage*, Coll. Droit des affaires, Paris : LGDJ, 1990, 159 p.

BESSONNET (A.), LAMY (PH.-E.), *Contrats d'affaires internationaux*, Guide pratique, Village Mondial, 2005, 402 pages.

BILLIER, (J.-C.), *Introduction à l'éthique*, 1^{ère} éd., Paris, PUF, 2010, 285 p.

BOUCARD (J), *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, préf. LEGEAIS (D.), PUAM, 2002, 600 p.

BOURGEOIS (L.), *Solidarité*, 5^e éd., Paris, Armand Colin, 1906, 253 p.

BOURRIER (C.), *La faiblesse d'une partie au contrat*, Bruxelles, Bruylant-Academia, 2003, 570 p.

BRICKS (H.), *Les clauses abusives*, préf. CALAIS6AULOY (J.), Coll. Biblio. De droit privé, Paris, LGDJ, 1982, 286 p.

BRUNEAU (L.), *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, Thèse Droit, Toulouse, 2005, 532 p.

BUY (F.) : *Droit des contrats d'affaires*, Coll. Donat – Droit privé, Paris, LGDJ, 2023, 650 p.

BUY (F.), LAMOUREUX (M.), RODA (J.-C.) : *Droit de la distribution*, 2^e éd., Lextenso, 2019, 494 p.

C

CADORET (V.), *Réflexions sur les contrats d'affaires : plaidoyer pour une théorie réaliste du contrat*, Thèse Droit, Montpellier, 2012, 518 p.

CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 1927, 516 p.

CARBONNIER (J.), *Flexibilité droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2001, 490 p.

CARLES (L.), *La moralisation du contrat*, Thèse Droit, Nice, 1998, 438 p.

COURDIER-CUISINIER (A.-S.), *Le solidarisme contractuel*, préf. LOQUIN (E.), Paris, LexisNexis, 2006, 741 p.

CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. GHESTIN (J.), Coll. Nouvelle Biblio. Des Thèses, Paris, Dalloz, 2004, 1108 p.

CHANTEPIE (G.), LATINA (M.) :

- *La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2016, 1093 p. ;
- *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2018, 1143 p.

CHAPET-BRENNAN (L.), *Le concept de comportement raisonnable dans la jurisprudence anglaise et américaine*, Thèse Droit, Rouen 1984.

CHAUDOUET (S.), *Le déséquilibre significatif*, préf. FERRIER (N.), Coll. Biblio. De droit privé, Paris, LGDJ, 2021, 863 p.

CHAZAL (J.-P.), *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse Droit, Grenoble, 1996, 638 p.

CHIREZ (A.), *La confiance en droit des contrats*, Thèse Droit, Nice, 1997, 695 p.

CHONE-GRIMALDI, (A.-S.), *Les abus de domination, Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, préf. TEYSSIE (B.), Coll. Recherches Juridiques, Paris, Economica, 2010, 444 p.

CUTAJAR C., LASSERRE J. et STORCK M. (dir.), *Finance et éthique*, Paris, Librairie de Droit Lamy, 2013, 314 p.

D

DA ALLADA (E.), *Le traitement des contrats d'affaires par le droit OHADA*, PUAM, vol. 11, 2021, 708 p.

DARMAISIN (S.), *Le contrat moral*, préf. TEYSSIE (B.), Coll. Biblio. De droit privé, Paris LGDJ, 2000, 537 p.

DESGORCES (R.), *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspective*, Thèse Droit, Paris, 1992, 600 p.

DESHAYES (O.), GENICON (T.), LATHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2018, 1080 p.

DIEME (A.-A.), *L'idée du contrat en Afrique noire traditionnelle*, Thèse Droit, UCAD, 2013, 409 p.

DIOP (A.-S.), *Les valeurs morales à travers l'évolution socio-culturelles du Sénégal, Éthiopiennes*, 3^e trimestre, 1982.

DIOUF (J.-B.), *La protection des données à caractère personnel : un nouveau défi de sécurité juridique*, Thèse de Droit, UCAD, 2020, 385 p.

DISSAUX (N.), « Franchise », *Rép. com. Dalloz*, mars 2009.

DO (V.-D.), *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, préf. MESTRE (J.), Coll. Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2004, 431 p.

DUGUIT (L.), *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Ed. La Mémoire du Droit, 1999, 206 p.

E

EDEL (V.), *La confiance en droit des contrats*, Thèse, Montpellier, 2006, 389 p.

ERRANTE (D.), *Le droit anglo-américain des contrats*, LGDJ-Jupiter, 2^e éd., 2001, 292 p.

F

FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. GHESTIN (J.), Paris, LGDJ, 2014, 596 p.

FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, préf. MESTRE (J.), PUAM, 1997, 519 p.

FAUVARQUE-COSSON (B.) (dir), *La confiance légitime et l'estoppel*, Coll. Droit comparé et européen, Société de législation comparée, vol. 4, 2007, 445 p.

FIN-LANGER (L.), *L'équilibre contractuel*, préf. THIBIERGE (C.), Coll. Biblio. De droit privé, Paris, LGDJ, 2002, 651 p.

FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.) :

- *Les outils de la compliance*, Coll. Régulations & Compliance, Dalloz, 2021, 320 p. ;
- *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, Coll. Régulations & Compliance, Dalloz, 2022, 520 p. ;
- *Compliance Monumental Goals*, Coll. Régulations & Compliance, *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Bruylant, 2023, 518 p.
- *La juridictionnalisation de la Compliance*, Coll. Régulations & Compliance, *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Dalloz, 2023, 490 p.
- *Compliance et droit de la défense. Enquête interne – CJIP – CRPC*, *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Dalloz, coll. Régulations & Compliance, 2024, 362 p.
- *Compliance Jurisdictionalisation*, *Journal of Regulation & Compliance, (JoRC)* et Dalloz, coll. Régulations & Compliance, 2024, 464 p.

G

GARAPON (A.), SERVAN-SCHREIBER (P.) (dir.), *Deals de justice, Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Puf, 2020, 192 p.

GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, 960 p.

GRAS (N.), *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse, Clermont-Ferrand 1, 2014, 650 p.

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

GUERLIN (G.), *L'attente légitime du contractant*, Thèse, Picardie-Jules Verne, 2008, 523 p.

J

JEAMMAUD (A.), *Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu*, in CLAM (J.), MARTIN (G.) (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Coll. Droit et société. Recherches et travaux, Paris, LGDJ, 1998.

K

KERHUEL (H.-J.), *L'efficience stratégique du contrat d'affaires*, PUAM, 2010, 591 p.

L

LASBORGES (V.), *Les contrats déséquilibrés*, préf. SAINT-ALARY HOUIN (C.), Aix-en-Provence, PUAM, 2000, 746 p.

LE BESCOND DE COATPONT (M.), *La dépendance des distributeurs*, préf. CHANTEPIE (G.), Coll. des Thèses, Institut de Varenne, 2016, 960 p.

LE GAC-PECH (S.), *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. MUIR-WATT (H.), Coll. Biblio de droit privé, Paris, LGDJ, 2000, 580 p.

LEMAY (P.), *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préf. CHASSAGNARD-PINET (S.), Coll. Biblio. Des Thèses, Paris, Mare & Martin, 2014, 567 p.

LELOUP (J.-M.), *La franchise : droit et pratique*, Coll. Encyclo. Delmas, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2000, 410 p.

LE TOURNEAU (P.), *Les contrats de franchisage*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2007, 323 p.

LE TOURNEAU (P.), POUMADERE (M.), « Bonne foi », *Rép. civ. Dalloz*, janv. 2017.

LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, préf. BRENNER (C.), Coll. Recherches Juridiques, Paris, Economica, 2012, 514 p.

LEVENEUR (C.), *Les smart contracts : étude de droit des contrats à l'aune de la blockchain*, Thèse Droit, Paris, 2022, 668 p.

LITTY, (O.), *Inégalité des parties et étude du contrat : Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, préf. GHESTIN (J.), Coll. Biblio. De droit privé, Paris, LGDJ, 1999, 484 p.

LOKIEC (P.) :

- *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. LYON-CAEN (A.), Coll. Biblio. De droit privé, Paris, LGDJ, 2004, 500 p. ;
- *Contrat et pouvoir*, 1^{ère} éd., Coll. Forum, Paris, LGDJ, 2021, 318 p.

LOUIS-LOUCAS (P.), *Volonté et cause : étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, Thèse, Paris, 1918, 314 p.

M

MAYMONT (A.) :

- *La liberté contractuelle du banquier, Réflexions sur la sécurité du système financier*, préf. LEGEAIS (D.), 2014, LGDJ, 608 p.
- *La compliance en droit bancaire et financier*, Mare & Martin, Coll. Droit privé & sciences criminelles, 2022, 274 p.

MAZEAUD (V.), DUBRUEIL (C.-A.) (dir.), *Éthique et contrat*, vol. 17, Centre Michel de l'Hospital, Clermont Auvergne, 2021, 192 p.

MAZIERE (P.), *Le principe d'égalité en droit privé*, préf. TEYSSIE (B.), Aix-en-Provence, PUAM, 2003, 477 p.

MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préface Ghestin (J.), Paris, LGDJ, Coll. Biblio. De droit privé, t. 411, 2004, 928 p.

MESTRE (J.) (dir.), BUY (F.), LAMOUREUX (K.), HEINICH (J.), RODA (J.-C.), *Les principales clauses dans les contrats d'affaires*, 3^{ème} éd., Paris, LGDJ, Coll. Droit & pratique professionnelle, 2025, 900 p.

MINOUNI (K.), *Droit morale et bonne foi : application en droit privé contractuel*, Thèse Droit, Strasbourg, 2006, 1120 p.

MORETEAU (O.) :

- *L'estoppel et la protection de la confiance légitime : élément d'un renouveau du droit de la responsabilité (droit anglais et droit français)*, Thèse Droit, Lyon III, 1990, 856 p.
- *Droit anglais des affaires*, 1^{ère} éd., Coll. Précis Droit privé, Paris, Dalloz, 2000, 555 p.

N

NDIAYE (I. Y.), CORREA (J.-L.), DIOUF (A. A.) :

- *Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (C.O.C.C) : cinquante ans après*, vol. 1, L'Harmatan, 2018, 336 p. ;
- *Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (C.O.C.C) : cinquante ans après*, Coll. Études africaines – CREDILA, vol. 1, L'Harmatan, 2018, 664 p.

P

PERELMAN (C.) :

- *Droit, morale et philosophie*, préf. VILLEY (M.), 2^e éd. Coll. Biblio. De philo. Du droit, vol. VIII, Paris, LGDJ, 1976, 202 p. ;
- *Le raisonnable et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, préf. VILLEY (M.), LGDJ, Bibl. phil. Du dr. vol. XXIX, 1984, 203 p.

PICOD (Y.) : *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. COUTURIER (G.), Coll. Biblio. De droit privé, Paris, LGDJ, 1989, 254 p. ;

PIMONT (S.), *L'économie du contrat*, PUAM, 2004, 407 p.

PORACCHIA (D.). Et **GRANIER (J.)**, *Les règles de droit suffisent-elles à moraliser les comportements économiques : Éthique et droit des affaires*, in NAUDET (J. Y.) (dir.), *Éthique et économie de marché*, PUAM., 2012, 363 p.

R

RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, préf. LEVY (J.-P), Paris, PUF, 1980, 165 p.

REVEL (J.), **BOURASSIN (M.) (dir.)**, *Réformes du droit civil et vie des affaires*, Coll. Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2014, 294 p.

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 1949, 421 p.

ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, préf. GHESTIN (J.), LGDJ, Coll. Biblio. dr. privé, t. 311, 1999, 960 p.

RONZIER (T.), *La sécurisation des standards dans le nouveau droit commun des contrats : étude à partir des standards liés à l'équilibre contractuel*, Thèse, Caen, 2022, 512 p.

S

SAKHO (A.), *Les groupes de sociétés en Afrique, Droit, pouvoir et dépendance économique*, KHARTALA, 2010, 334 p.

SARR (A. Y.), *L'obligation d'information en droit privé sénégalais des contrats*, Thèse, UCAD, 2022, 457 p.

SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 3^e éd., 1964, 454 p.

SAVAUX (E.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. AUBERT (J.-L.), Coll. Biblio. De droit privé, Paris, LGDJ, 1997, 382 p.

STOFFEL-MUNCK (P.), :

- *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, préf. BOUT (R.), Coll. Biblio. Des thèses, Paris, LGDJ, 2000, 649 p.
- *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2015, 180 p.

T

TALLON (D.), HARRIS (D.) (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, Coll. Biblio. dr. privé, Paris, LGDJ, 1987, 443 p.

TESTU (F.-X.), *Contrats d'affaires*, 2^e éd., Coll. Dalloz Référence, Paris, Dalloz, 2021, 768 p.

TIGER (P.), *Le droit des affaires en Afrique*, Coll. Que sais-je ?, PUF, 2001, 127 p.

TISSEYRE (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, préf. FABRE-MAGNAN (M.), Coll. de l'Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2012, 368 p.

V

VOUIN (R.), *La bonne foi, notion et rôle actuel en droit privé français*, Thèse Droit, Bordeaux, LGDJ, 1939, 479 p.

Articles, Chroniques, Contributions et Rapports

À

ABADIE (L.), « Information précontractuelle et conclusion du contrat », in LARRIBAUTERNEYRE (V.), PELLE (S.) (dir.), *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, Coll. Le droit en mouvement, Pau, PUPPA, 2016, p.75.

ANCEL (B.), « Les smart contracts : révolution sociale ou nouvelle boîte de Pandore ? Regard comparatiste », *CCE* 2018, n° 7/8, pp. 15-18.

AGOSTINI (E.), « Estoppel : rendons à César », *Rec. Dalloz* 2006, p. 1424 et s.

AKRAWATI (A.), « L'interprétation de la volonté des parties dans la vente commerciale (OHADA) », *Penant*, 2002, n° 841, p. 473-525.

ALES (T. d'), MERVEILLEUX DU VIGNAUX (C.), « Le nouveau vice de violence économique : tout ça pour ça ? », *JCP E*, oct. 2016, n° 40, étu. 1523, p. 28.

ALPA (G.), « Nouvelles frontières du droit des contrats », *RIDC*, 1998, pp. 1015-1030.

ANDRIEUX (A.), « La codification de la « violence-dépendance » : une codification prudente des solutions prétoriennes – réflexion à propos du futur article 1143 du Code civil », *Petites Affiches*, août 2016, n° 167, pp. 6-14.

ANSELME-MARTIN (O.), « Étude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi », *LPA*, n° 10, 22 janvier 1997, p. 17-20.

ARMAND-PREVOST (V. M.), RICHARD (D.), « Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », *JCP G* 1979, I, 2952, n° 1.

AUBERT (J.-L.) :

- « L'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat », *Defrenois*, nov. 1993, n° 22, p. 1377. ;
- « La victime peut-elle être obligée de minimiser son dommage ? », *RJDA* 2004, p. 355, spéc. p. 358, n° 26.

AUGAGNEUR (L.-M.), :

- « La compliance a-t-elle une valeur », *La Semaine juridique*, éd. Entreprise et Affaires (JCP-E) n°4, 2017, pp. 30-36. ;
- « L'efficacité des programmes de compliance : l'exemple du droit de la concurrence », in BORGA (N.), MARIN (J.-C) et RODA (J.-C), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Série Régulations & Compliance, Dalloz, 2018, pp. 137-142.

AUDIT (M.), « Les lois extraterritoriales américaines comme facteur d'accélération de la compliance », in BORGA (N.), MARIN (J.-C) et RODA (J.-C), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Série Régulations & Compliance, Dalloz, 2018, pp. 45-54.

AYED (W.), « Les programmes de compliance ou de management des risques de non-conformité », in *JCP G* n°4, 2011, 96.

AYNES (L.), « Le devoir de négociation », in *Le contrat au secours de l'entreprise*, *RJ com.*, 1999, n° spécial, p. 11 et s.

B

BADJI (P.S.A.) :

- « La stabilité du droit contractuel civil et commercial sénégalais, une analyse à la lumière du droit français », PUAM, Revue de droit comparé, *Journal of comparative Law in Africa*, 2016, pp.130-173.
- « La difficile systématisation des contrats d'affaires en droit OHADA », *Revue Afrilex*, Janvier 2020, 34 p. ;
- « Les contrats intelligents en Afrique : quelle pertinence accorder à l'adage code is law? », *Revue Afrilex*, 2020, 38 p.
- « Volonté réelle et volonté déclarée des parties dans le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal », AFDD, 2022, pp. 96-132.

BALLOT-SQUIRAWSKI (C.), « Regard critique sur le développement d'un droit punitif de la compliance », *Dr. pénal*, juill.-août 2020, étu. 22.

BARBIÉRI (J.-F.), « Morale et droit des sociétés », *LPA*, 7 juin 1995, pp. 13-18.

BATIFFOL (H.), « La "crise du contrat" et sa portée », *Archive de philosophie du droit*, 1968, t. XIII, p. 13-30.

BAUMGARTNER (F.), « Un défi du droit des contrats : instaurer la confiance contractuelle », *Contrats, conc., cons.*, déc. 2020, p. 10 et s.

BECHILLON (D.), « Observations sur le contrôle de proportionnalité », *JCP G*, janv. 2016, suppl. n° 1-2, p. 27 et s.

BEHAR-TOUCHAIS (M.) :

- « Solidarisme contractuel et contrat de distribution », *RDC*, déc. 2003, n° 1, p. 154 et s. ;
- « De la sanction du déséquilibre significatif dans les contrats conclus notamment avec la grande distribution », *Lamy concurrence*, oct. 2008, n° 17, p. 45 et s. ;
- « La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC*, janv. 2009, n° 1, p. 202 et s. ;
- « Le déséquilibre dans le Code civil », *JCP G*, avr. 2016, n° 14, étu. 391, p. 662 et s.

BELLET (P.), « Le juge et l'équité », in *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 9 et s.

BENABENT (A.), « L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée », *LPA*, mai 1998, n° 54, p. 14 et s.

BENICHOU (A.), « Nouvelles technologies : réflexion sur la Compliance et l'éthique », in Frison-Roche (M.-A.) (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance, Série de régulation*, Dalloz, 2017, pp. 81-90.

BERLIOZ-HOUIN (V. B.), « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Études offertes à R. HOUIN*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 14 et s.

BERNARD (C.), « Économie et morale », *LPA*, 1994, n°153, p. 4 et s.

BISMUTH (R.) :

- « Au-delà de l'extraterritorialité, une compétence économique », in SFDI, *Extraterritorialités et droit international*, Paris, Pedone, 2020, pp. 113-128.
- « Pour une appréciation nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *Annuaire Français de Droit International* 2015, vol. LXI, 2016, p. 785 et s.
- « *Compliance* et souveraineté : Relations ambiguës », in FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, Coll. Régulation & Compliance, Dalloz, 2022, pp. 439-452.

BOIZARD (M.), « La réception de la notion de violence économique en droit », *LPA*, 16 juin 2004, n°120.

BORYSEWICZ (M.), « Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats. Réflexions à propos de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur l'information et la protection des consommateurs de produits et de services », in *Études offertes à Pierre Kayser*, t.1, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, pp. 91-126.

BOUCOBZA (X.), SERINET (Y.-M.), « La loi « Sapin 2 » et le devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance*, Recueil Dalloz 2017, p. 1619 et s.

BOULANGER (J.), « Volonté réelle et volonté déclarée », in *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, t. 1, Gent, E. Story-Scincia, 1966, p. 199 et s.

BOUTHINON-DUMAS (H.), « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *Revue internationale de droit économique*, vol. xv, 3, n° 3, 2001, pp. 339-373.

BREEN (E.) :

- « La *compliance*, une privatisation de la régulation ? », *RSC*, 2019, pp. 327-331. ;
- « La compétence américaine fondée sur le dollar : réalité juridique ou construction politique », *RED*, vol. 1, n° 1, 2020, pp. 55-61 ;

BREEN (E.), CABOCEL-TROUWBORST (M.), « Les clauses contractuelles en matière d'éthique et de *compliance* », *BRDA*, juillet 2025.

BURY, (B.), « La bonne foi dans la relation contractuelle du banquier avec son client », *Gaz. Pal.* 2009, n°76, p. 6 et s.

BUY (F.) :

- « Le « déséquilibre significatif » devant la Cour de cassation : enfin des précisions ? », *Recueil Dalloz*, n° 40, 2014, p. 2329 et s. ;
- « La modification unilatérale à l'épreuve des pratiques commerciales déloyales », *Actualité juridique Contrats d'affaires : concurrence, distribution*, n° 6, Paris, *Dalloz*, 2020, p. 271 et s. ;
- « Mise au point en matière de déséquilibre significatif : la soumission ne se présume pas », *Actualité juridique Contrats d'affaires : concurrence, distribution*, n° 1, Paris, *Dalloz*, 2020, p. 35 et s.

BUY (F.), THERON (J.), « L'éthique de l'entreprise », *JCP E*, n° 25, 2013, 1359.

C

CABRILLAC (M.), « Remarques sur la théorie générale des contrats et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges offertes à Gabriel Marty*, Toulouse, *PUT*, 1978, pp. 235-254.

CABRILLAC (R.), « L'article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision », *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 771 et s.

CADIET (L.), « Une justice contractuelle, l'autre », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, *LGDJ*, 2001, p. 177 et s.

CALAIS-AULOY (J.), « L'attente légitime : une nouvelle source de droit subjectif ? », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges à l'honneur de Yves Guyon*, Paris, *Dalloz*, 2003, p. 171 et s.

CANTO SPERBER (M.), « Les ambitions de la réflexion éthique », *Revue Esprit*, mai 2000.

CARBONNIER (J.), « Introduction », in *L'évolution contemporaine du Droit de Contrats*, Journée René Savatier, Paris, PUF, 1986, p. 29 et s.

CATALA (P.), « Des contrats déséquilibrés », in *Études à la mémoire de Fernand Charles Jeantet*, LexisNexis, 2010, p. 77 et s.

CATTALANO-CLOAREC (G.), :

- « Le déséquilibre significatif : l'intangibilité du contrat n'est plus, place à la justice contractuelle », *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 2016, n° 03, p. 6 et s. ;
- « *Smart contracts* et droit des contrats », *AJ Contrat* 2019, p. 321 et s.

CHAGNY (M.) :

- « L'efficacité attendue du contrat », *Revue des Contrats*, 2010, n° 01, p. 347 et s.
- « La situation de faiblesse des contractants, objet de compétition entre les droits ? », *AJ Contrats d'affaires- Concurrence- Distribution*, 2015, n°5, p. 193 et s.
- « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », *AJ Contrat*, mars 2016, n° 3, p. 115 et s. ;
- « Le déséquilibre significatif de nouveau devant la Cour de cassation », *RTD com.*, mai 2016, n° 1, p. 81 et s.

CHANTEPIE (G.) :

- « L'égalité en droit de la distribution », in *L'égalité en droit des obligations*, LATINA (M.), OUDOT (P.) (dir.) Coll. Chemins de pensée juridique, Nice, Les éditions Ovidia, 2015, p. 137 et s. ;
- « Le déséquilibre significatif entre droit commun et droit spéciaux », *JCP E*, juin 2018, 2018, n° 25, p. 50 et s.

CHAPPUIS (C.), « Le renoncement à la cause et à la considération dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Revue de droit uniforme*, 2008, p. 253-291.

CHAZAL (J.-P.),

- « Théorie de la cause et justice contractuelle : à propos de l'arrêt Chronopost », *JCP G*, juil. 1998, n° 29, 152, p. 1315 et s. ;
- « Les nouveaux devoirs de contractants. Est-on pas allé très loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, JAMIN (C.), MAZEAUD (D.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris, Dalloz, 2003, p. 99 et s. ;

- « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *RDC*, déc. 2003, n° 1, p. 27 et s. ;
- « L. Josserand et le nouvel ordre contractuel », *RDC*, déc. 2003, n° 1, p. 325 et s.
- « Violence économique ou abus de faiblesse ? », *Dr. et patrimoine*, oct. 2014, n° 240, p. 47 et s.
- « La réception doctrinale du solidarisme contractuel : illustration du tropisme idéologique de la doctrine civiliste française », *Journal européen d'histoire du droit*, 2023, 12, pp.111- 160.

CHENEDE (F.), « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative : du mythe à la réalité », *Droit & philosophie, Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Paris, Dalloz, 2012, n° 4, p. 155 et s.

CHEVREAU (E.), « La cause dans le contrat en droit français : une interprétation erronée des sources du droit romain », *RDC*, 2013, n° 1, p. 11 et s.

CHEVRIER (G.), « Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations », *Sirey*, Paris, 1929, p. 24-43.

CISSE (A.), « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », *RIDE*, t. XVIII, n°2, 2004, p. 197-225.

COHEN-TANUGI (L.) :

- « Droit civil contre *common law* : un faux débat », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, ROUVILLOIS (F.) (dir), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris, Dalloz, 2005, p. 25 et s. ;
- « L'application extraterritoriale du droit américain, fer de lance de la régulation économique internationale ? », *En temps réel*, déc. 2014, 49 p.

CYRILLE (M.), « Réflexion sur le fondement de l'affaiblissement de la force obligatoire du contrat en droit OHADA », *Uniform Law Review*, vol. 24, Issue 3, août 2019, p. 576–604.

COHEN-HADRIA (Y.), « Blockchain : révolution ou évolution. LA pratique qui bouscule les habitudes et l'univers juridique », *Dalloz IP/IT* 2016. 537.

COIPEL (M.), « L'autonomie de la volonté : mythique ou en déclin? », *J.T.*, 2007, p. 331 et s.

COLLETTE (B.), « L'évolution de la fonction du « compliance officer en charge de la LCB/FT » avec les fonctions de responsable du respect des obligations professionnelles et de

responsable du contrôle du respect des obligations professionnelles », *Revue Lamy Droit et Patrimoine*, n° 316, sept. 2021.

COLOMBET (A. M.), BUTHIAU (F.), « Le *deferred prosecution agreement* américain, une forme inédite de justice négociée : punir, surveiller, prévenir ? », *La Semaine juridique*, éd. gén., n° 13, mars 2013, pp. 621-628.

COMERT (M.), FLAICHER-MANEVAL (E.), « La négociation des contrats d'affaires après la loi Hamon », *AJCA* 2014, p.16 et s.

COMERT (M.), FLAICHER-MANEVAL (E.), « La rédaction des contrats d'affaires à l'épreuve du droit de la concurrence », *AJCA* 2015, p.106 et s.

CORNU (G.) :

- « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », TAHC, t. 14, Paris, *Dalloz*, 1965, p. 87 et s.
- « L'évolution du droit des contrats en France », *Rev. Int. De dr. comp.*, 1979, p. 447 et s. ;
- « Introduction », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journée René Savatier, Paris, PUF, 1986, p. 99 et s.

CORRÉA (J. L.) :

- « L'écriture du droit des obligations au Sénégal », *Actualité du droit*, Lamy, 18 juillet 2017 ;
- « Regard critique sur les catégories contractuelles du Code des obligations civiles et commerciales (COCC) du Sénégal », *Revue internationale de droit comparé*, 75e année(4), 2023, pp. 809-840.
- « Comparaison franco-sénégalaise sur l'exécution forcée des obligations de faire », *Annales de l'Université de Parakou, Série Droit et science politique*, Parakou, 2024, pp. 133-159.

D

D'AMBROSIO (L.), « L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption : un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2 », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 1, no. 1, 2019, pp. 1-24.

DAOUD (E.), « Funambule ou chef d'orchestre : quelle responsabilité pour le compliance officer », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 143, dec. 2018, pp. 25-29.

DE BRY (F.) « Concept d'éthique l'éthique au cœur du management », *Management & Avenir*, vol. 20, n° 6, 2008, pp. 102-114.

DECOTTIGNIES (R.) :

- « Réflexion sur le projet de code sénégalais des obligations », *Annales Africaines* 1962, p. 171 et s. ;
- « L'apport européen dans l'élaboration du droit privé sénégalais ? », *Annales Africaines*, 1964, p. 79 et s.

DELHAYE (C.), « La *compliance* plus qu'une défense. De l'éthique à la *compliance* », *Journal du management juridique*, n° 69, pp. 63-65.

DELEBECQUE (P.), « La bonne foi contractuelle : *quid novi sub sole* ? », *Lamy droit civil*, fév. 2008, n° 46, p. 6 et s.

DESHAYES (O.) :

- « Les sanctions de l'usage déloyale des prérogatives contractuelles », *RDC*, n° 2, 2011, p. 726 et s. ;
- « L'interprétation des contrats », *JCP G*, mai 2015, suppl. n° 21, p. 39 et s.

DION (M.), « L'évolution de l'éthique des affaires aux États-Unis (1961-2002) : la théorie institutionnelle en action », *Éthique et économie*, 2008, 32 p.

DORANDEU (N.), « Violence économique et droit de la concurrence », in *La violence économique*, PICOD (Y.), MAZEAUD (D.) (dir.), Coll. Thèmes et Commentaires, Paris, Dalloz, 2017, p. 65 et s.

DUPOUY (S.), « Regard sur le droit des contrats spéciaux après la réforme du droit commun », *R.R.J.*, 2017, n° 2, p. 601 et s.

DURAND, (C.), « L'équité en matière contractuelle selon les auteurs de droit français du XVI^e au XVIII^e siècle », n° 03, *RDC*, 2015, p. 611 et s.

F

FAGES (B.), MESTRE (J.), « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », *RTD com.*, janv.-mars 1998, n° 1, p. 71 et s.

FARJAT (G.), « Réflexions sur les codes de conduite privés », *In études offertes à Berthold Goldman, Le droit des relations économiques internationales*, Litec, Paris, 1982, pp. 47-66.

FAUVARQUE-COSSON (B.) :

- « L'estoppel du droit anglais », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, M. Béhar-Touchais (dir.), Economica, 2001, p. 3 et s. n° 320 et 527 et s. ;
- « La réforme du droit français des contrats : perspective comparative », *RDC*, janv. 2006, n° 1, p. 147 et s.

FENOUILLET (D.), « Les valeurs morales », *RDC*, sept. 2016, n° 3, p. 589 et s.

FLECHEUX (G.), « Reconnaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 341 et s.

FOLTZ (A.), FIORELLI (P.), « La contribution de l'éthique et de la compliance à la performance de l'entreprise », in *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, LexisNexis, n°2, 2016.

FOKOU, (É.), « La notion d'économie du contrat en droit français et québécois. *Revue générale de droit*, 46(2), pp. 343–377.

FRISON-ROCHE (M.-A.) :

- « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, sept. 1995, n° 3, p. 573 et s.
- « Le couple *ex ante/ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in *Les engagements dans les systèmes de régulation économique*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 33-48.
- « Volonté et obligation », in *Archive de Philosophie du Droit* 44, 2000, p. 37 et s. ;
- « Le droit de la compliance », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1871 et s. ;
- « Compliance et confiance », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre, Autour du droit bancaire et financier*, Joly éditions-Lextenso, déc, 2017, pp. 279-290. ;
- « La mondialisation du point de vue du droit », in *La mondialisation*, Journées allemandes, t. LXVI/2016, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, Bruylant, Berlin, 2017, pp. 11-30 ;
- « Dresser des cartographies des risques comme obligation et paradoxe des « risques de conformité » », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la Compliance*, Coll. Régulations & Compliance, Dalloz, 2021, pp. 53-62. ;
- « Contrat de compliance, clauses de compliance », *Dalloz*, 2022, p. 2117 ;

- « Les buts monumentaux, cœur battant du droit de la Compliance », in FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, Coll. Régulations & Compliance, Dalloz, 2022, pp. 21-44. ;
- « Le juge, l'obligation de compliance et l'entreprise. Les systèmes probatoires de la Compliance », M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, Coll. Régulations & Compliance, Dalloz, 2023, pp. 409-442. ;
- « Compliance et conformité : les distinguer pour les articuler », *Dalloz*, 2024, 497.

FUSAI (T.), QUEYROY (A.), « Aux limites du droit : l'éthique », in *Aux limites du droit*, REGAD (C.) (dir.), Coll. Droit public, Paris, Mare & Martin, 2016, p. 223 et s.

G

GAILLARD (E.), « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes) », *Rev. d. Arb.* 1985, p. 241 et s.

GAZZANIGA (J.-L.), « Donat et Pothier, Le contrat à la fin de l'ancien régime », *Droits*, 1990, n° 12, p. 37 et s.

GENICON (T.), « Contrat et protection de la confiance », *RDC*, janv. 2013, n° 1, p. 336 et s.

GHARBI (M.-E) :

- « La justification de l'obligation d'information : contribution à l'étude de la moralisation du droit des contrats », *R.R.J.*, n° 4, 2004, p. 724 et s. ;
- « Justice contractuelle et liberté de la volonté : un rapport problématique », *R.R.J.*, n° 1, 2005, p. 20.

GHESTIN (J.) :

- « L'utile et le juste dans les contrats, *Dalloz*, janv. 1982, n° 1, p. 1 et s. ;
- « La justice contractuelle », in *Exigences chrétiennes et droit de l'entreprise. Actes du VII^e Colloque national des juristes catholiques*, Paris, 13-14 déc. 1986, Téqui, 1987, p. 26 et s. ;
- « Le contrat en tant qu'échange économique », in *Économie : bilan et perspectives*, *Rev. éco. Indus.*, 2000, n° 92, p. 81 et s.
- « Réflexion sur la liberté contractuelle et l'ordre public », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 405 et s.

- « Essai sur le droit, la morale et la religion », *Études offertes à Jacques Dupichot*, Libre amicorum, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 155 et s.
- « La généralisation d'un contrôle objectif de l'équivalence des prestations est-elle opportune ? », in *Mélange Jean-Louis Baudouin*, MOORE (B.) (dir.), Cowansville, Ed. Y. Blais, 2012, p. 343 et s.

GIBOIN (C.), « L'éthique condamne-t-elle le droit? À propos du non-droit de Jean Carbonnier », Conférence Institut Géopolitique Jacques Cartier de Poitiers, 13 oct. 2016, p. 575 et s.

GICQUIAUD (E.), « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD com.*, juill. 2014, n° 2, pp. 267-288.

GRATTON, (L.), « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *Dalloz*, janv. 2016, n° 1, p. 22 et s.

GUERIN-SEYSEN (D.), « Libres propos sur l'instrumentalisation et la pérennité de la notion de cause », *LPA*, sept. 2011, n° 186, p. 8 et s.

GUERLIN (G.), « Les manifestations de l'égalité dans le droit des contrats », in *L'égalité en Droit de obligations*, LATINA (M.), OUDOT (P.) (dir.), Coll. Chemins de pensée juridique, Nice, Les éditions Ovadia, 2015, p. 67 et s.

GUIBERT (J.-M.), BERLIOZ (J.-M.), DUBAR (C.), LANAUD (R.), MEDINA (Y.), « Référentiel Professionnel éthique Et Conformité », Le cercle d'éthique des affaires, novembre 2015, 58 p.

GRYNBAUM (L.), « « Blockchain », « IA », et « smart contract » : actuellement une simple exécution du contrat », in L. Grynbaum, C. Le Goffic, L. Pailler (dir.), *Précis Droit des activités numériques*, Dalloz, 2023, p. 101 et s.

H

HOSMER (L.), « Confiance : le lien entre la théorie organisationnelle et l'éthique philosophique », *Revue de l'Académie de Management*, 1995, pp. 379-403.

HOUTCIEFF (D.) :

- « Limites du pouvoir de sanction du juge au cas d'usage déloyal d'une prérogative contractuelle », *JCP G*, sept. 2007, n° 38, II, 10154, p. 23 et s. ;

- « Le nouvel équilibre contractuel (formation) », in *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, BROS (S.) (dir.), Coll. Colloque & Essais, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 55 et s. ;
- « La réactivité en droit contemporain des contrats : des réactions unilatérales au *smart contract* », *Gaz. Pal.*, n° 354, 2019, p. 9 et s.

HUSSON (L.), « Le droit, la morale et les sciences humaines », *Rev. inter. Dr. comp.*, vol. 22, n° 4, oct.-déc. 1970, p. 645 et s.

J

JACQUES (P.), « Vers un renouvellement de la conception du contrat ? », in *le droit des obligations d'un siècle à l'autre : dialogues autour de la réforme du titre III du livre III du Code civil*, PIGNARRE (G.) (dir.), Coll. Colloque & Essais, Institut Varenne, 2016, p. 171 et s.

JAMIN (C.) :

- « La recherche de nouveaux équilibres entre les parties dans les réseaux intégrés de distribution », *LPA*, mars 1996, n° 29, p. 24 et s. ;
- « Un droit européen des contrats ? », in De VERSAILLES-SOMMIÈRES (P.) (dir), *Le droit privé européen*, (dir.) DE VAREILLESSOMMIÈRES (P.), Economica, Coll. Études juridiques, 1998, n° 5, p. 40 et s. ;
- « Révision et intangibilité du contrat ou double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Dr. et patrimoine*, mars 1998, n° 58, p. 46 et s. ;
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 441 et s. ;
- « Notations sur le solidarisme contractuel », in *Mélanges François Collart Dutilleul*, Paris, Dalloz, 2017, p. 433 et s.

JAUFFRET-SPINOSI (C.), « La structure du droit français », In *Rev. Inter. Dr. comp.*, vol. 54, n° 2, avr.-juin 2002, pp. 265-275.

JESTAZ (P.) :

- « Les frontières du droit et de la morale », *RRJ*, 1983, n° 2, p. 334 et s. ;
- « L'évolution du droit des contrats spéciaux depuis la loi de 1945 », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René Savatier, Paris, PUF, 1986, p. 117 et s.

JOSSERAND (L.), « Un ordre juridique nouveau », *Dalloz*, 1937, chron., p. 1 et s.

K

KHAIRALLAH (G.), « Le raisonnable en droit privé français. Développements récents », *RTD civ.*, p. 439 et s.

L

LACROIX (A.) :

- « L'insuffisance du droit en matière d'éthique ou les lois sur l'éthique : voyage au pays de l'absurde ! ». *Éthique publique*, 2011, n° 13, pp. 95-115.
- « L'éthique et les limites du droit », *Revue de Droit Université de Sherbrooke*, 2002-2003, vol. 33, n° 1-2, pp. 195-217.

LACROIX-DE SOUSA (S.) :

- « Le Compliance Officer et les gestions des risques juridiques en temps de crise », in *L'éthique à l'épreuve de la crise*, Le Mans, L'Épitoge, 2021, pp. 121-128. ;
- « La compliance au service de la lutte anti-blanchiment d'argent », *Revue du Groupe de recherche actions sur la criminalité organisée*, n° 32, 2021, pp. 45-50.
- « Les sociétés face au RGPD : les enjeux de la compliance », *Revue des Sociétés*, n° 6, 2021, pp. 351-358.

LAITHIER (Y.-M.) :

- « Remarques sur les conditions de la violence économique », *LPA*, nov. 2004, n° 233, p. 6 et s. ;
- « Le droit comparé et l'efficacité économique », in *L'efficacité économique en droit*, S. BOLLEE, Y.-M. LAITHIER, C. PERES (dir.), Economica, 2010, p. 49 et s.

LAUDE (A.), « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit français ? », *LPA*, 2002, n° 232, p. 55 et s.

LATINA (M.), « L'égalité dans les projets européen du contrat », in *L'égalité en Droit des obligations*, LATINA (M.), OUDOT (P.) (dir.), Coll. Chemins de pensée juridique, Nice, Les éditions Ovadia, 2015, p. 159 et s.

LECLERCQ (N.-C.), « L'éthique dans les contrats », in *Variations sur l'éthique, hommage à Jacques Dabin*, Bruxelles : Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 1994, p. 487.

LECUYER (H.), « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », *LPA*, mai 1998, n° 54, p. 44.

LEFEBVRE (B.), « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », in *Développements récents en droit des contrats*, vol. 129, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, pp. 49-70.

LE GAC-PECH (S.) :

- « À la recherche du déséquilibre généré par une clause : entre atteinte à l'obligation essentielle du contrat et déséquilibre significatif », *JCP E*, sept. 2016, n° 36, comm. 1467 p. 34 et s.
- « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *LPA*, 2016 – n°162, p. 7 et s.

LE GALLOU (C.), « La notion d'éthique du profit », in *L'entreprise face à l'éthique du profit*, Colloque novembre 2007, Faculté de droit de Martinique, L'harmattan, 2008, pp. 9-20.

LE TOURNEAU (P.) :

- « Quelques aspects de l'évolution des contrats », In *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-sirey, 1995, p. 349-380.
- « L'éthique des contrats internationaux », Colloques Éthique des affaires : De l'Éthique de l'entrepreneur au droit des affaires, Centre de Recherche en Éthique Économique et des Affaires et Déontologie Professionnelle de la Faculté d'Aix-Marseille, 1996.
- « Le droit et l'éthique », in *Droit et technique, Études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Paris, Litec, 2007, p. 291 et s.

LEVENEUR (L.) :

- « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) », *AJDA*, sept. 1998, n° 9, p. 676 et s. ;
- « Le solidarisme contractuel a du plomb dans l'aile ! », *Contrats, conc., consom.*, oct. 2002, n° 10, comm. 134, p. 13 et s.

LICARI (F.-X.) :

- « Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », *Revue Lamy Droit civil, Lamy - Wolters Kluwer - Lamy Liaisons*, 2017, n°144, pp. 10-15 ;

- « Quelques précisions importantes sur le champ d'application et les modalités du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce », *Revue Lamy Droit civil, Lamy - Wolters Kluwer - Lamy Liaisons*, 2017, n°148, pp. 10-12.

LOISEAU (G.), « La puissance du contractant en droit commun des contrats », *AJ Contrat*, déc. 2015, n° 12, p. 496.

LOKIEC (P.), « Le droit des contrats et la protection des attentes », *Dalloz*, fév. 2007, n° 5, p. 321 et s.

LOQUIN (É.), « Règles matérielles du commerce international et droit économique », in *Revue internationale de droit économique*, vol. xxiv,1, n° 1, 2010, pp. 81-101.

M

MAINGUY (D.), « “Le raisonnable” en droit des affaires », *Actualités Juridiques*, Edition économique n° 2, 2011, p. 150 et s.

MAIRE (G.), « Le droit des contrats en mutation : la prise en considération de l'intérêt du cocontractant », *Doc. Publication, Les Éditions de l'Immatériel*, 2018, p. 14 et s.

MARTIAL-BRAZ (N.), « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la « personne raisonnable » et l'interprétation *in favorem* », *RDC* 2015, n° 111h2, p. 193 et s.

MANDARD (M.), « Théorie du contrat relationnel et gouvernance des relations interentreprises. Autour de l'œuvre de Ian MacNeil », *Gérer et comprendre, Annales de Mines*, 2012, pp. 13-22.

MAROT (Y.), « La collaboration entre franchiseur et franchisé », *LPA*, août 2000, n° 174, p. 4 et s.

MAULARIE (P.), « Droit romain des obligations, droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui », *La Semaine juridique*, 29, juill. 2000, p. 246 et s.

MAZEAUD (D.) :

- « Liberté contractuelle et sécurité juridique », *Defrénois*, n° 19, 1998, p. 1137 et s. ;
- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'hommage à François Terré*, Paris, PUF, Dalloz-Litec, 1999, p. 603 et s. ;
- « Le nouvel ordre contractuel », *RDC*, déc. 2003, n° 1, p. 295 et s. ;

- « Regard positifs et prospectifs sur le « nouveau monde contractuel » », *LPA*, mai 2004, n° 92, p. 47 et s. ;
- « La confiance légitime et l'estoppel », *Rev. Inter. dr. comp.*, 2006, vol. 58, n° 2, p. 363 et s. ;
- « Sécurité juridique versus moralité contractuelle : affaire classée ? », in *Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Paris, Dalloz, 2011, p. 439 et s. ;
- « La place du juge en droit des contrats », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 353 et s.

MBAYE (K.), :

- « L'éthique aujourd'hui », Leçon inaugurale, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 14 décembre 2005, 20 p.
- « L'expérience sénégalaise de la réforme du droit », in *Rev. Inter. dr. comp.*, vol. 22, n°1, Janv.- mars 1970. pp. 35-42.

MEKKI (M.) :

- « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », in *La contractualisation de la production normative*, CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.) (dir.), Paris, Dalloz, p. 323 et s. ;
- « Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale : fusion des corps et la confusion des esprits », in *Droit et morale : aspect contemporains*, BUREAU (D.), DRUMMOND (F.), FENOUILLET (D.), (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, 2011, p. 27 et s. ;
- « Contrat et devoir de vigilance », *Lamy affaires*, mai 2015, n° 104, p. 86 et s. ;
- « Les mystères de la blockchain », *D.* 2017, 37, p. 2160.
- « Le contrat, objet des smart contract », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 409 et s.
- « L'abus de dépendance (art. 1143 C. civ.) », in *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 474 et s.

MEOUCHI, (P.-S). « La Responsabilité sociale des entreprises : un concept évolutif et controversé », *Les Sciences Sociales*, nov. 2016, 21 p.

MERCIER (S.), « La formalisation de l'éthique : un outil stratégique pertinent pour l'entreprise », *Finance Contrôle Stratégie*, vol. 3, n° 3, sept. 2000, pp. 101-123.

MESTRE (J.) :

- « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.*, 1986, p. 100 et s. ;
- « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journée René Savatier, Paris, PUF, 1986, p. 41 et s. ;
- « L'économie du contrat », *RTD civ.* 1996, p. 901.
- « Rapport de synthèse », in *Les clauses abusives entre professionnels*, JAMIN (C.), MAZEAUD (D.), (dir.), Coll. Etu. Juridiques, Paris, Economica, 1998, p. 157 et s. ;
- « Éthique et droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur d'Adrienne. Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 291-300.
- « Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat », in *Le Code civil 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Paris, Litec-Dalloz, 2004, p. 231 et s. ;
- « À l'avant-garde du droit des obligations : les contrats des commerçants », in *Choix d'articles de J. MESTRE*, Trait d'union, LGDJ, 2019, p. 299 et s. ;
- « Compliance », *Revue Lamy Droit civil*, n°181, 1^{er} mai 2020.

MICHALET (C. A.), « Les métamorphoses de la mondialisation. Une approche économique », in *La mondialisation du droit*, Ph. Kahn et É. Loquin (dir.), Litec, 2000, pp. 11-42.

MIGNONT-COLOMBET (A.), BUTHIAU (F.), « Le *deferred prosecution* agreement américain : une forme inédite de justice négociée. Punir, surveiller, prévenir ? », *JCP E*, 2013, n° 359.

MIGNOT (M.), « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? », *R.R.J.*, 2004, n° 4, p. 2153 et s.

MODI KOKO BEBEY (H.D.), « Les enjeux de l'harmonisation du droit des contrats », in *Actes de colloque annuel africain du Diplôme inter-universitaire Juriste OHADA, Le droit OHADA, bilan et perspectives*, LPA, n° spécial, sept. 2015, n°192, p. 45 et s.

MORETEAU (O.) :

- « Le raisonnable et le droit : standards, prototypes et interprétation uniforme, in *Ars interpretandi, Journal of legal hermeneutics*, vol 7, 2002, pp. 221-238. ;
- « Le développement historique de la règle de l'estoppel », in *Revue de la common law en français*, 2005, vol. 7, pp. 187-264.

MOULY-GUILLEMAUD (C.), « Déséquilibre significatif et rupture brutale : variations introduites par la réforme du Titre IV du livre IV du Code de commerce », **Lamy droit civil**, juill. 2019, n° 172, p. 10 et s.

MUKA TSHIBENDE (L. D.), « Smart contracts et contrats d'affaires », in M. Cannarsa, J.-L. Piotraut, A. Quiquerez et L. Randrianarina (dir.), *Droit des affaires et intelligence artificielle. Diagnostic et prospective*, mare & martin, 2023, pp. 121-140.

N

NDIAYE (I. Y.), :

« Leçon inaugurale : le COCC, cinquante ans après (regard furtif) », in Colloque international de l'université Assane Seck de Ziguinchor (dir. I. Y. NDIAYE et Autres), *Le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, vol. 1, L'Harmatan, 2018, pp. 11-39.

« Regards sur quelques décisions rendues en matière d'imprévision », *Revue de l'association sénégalaise de droit pénal*, déc-janv 1996.

NDIAYE (A.-W.), « Libre propos sur la protection du consentement cinquante années après », in Colloque international de l'université Assane Seck de Ziguinchor (dir. I. Y. NDIAYE et Autres), *Le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, vol. 2, L'Harmatan, 2018, pp. 391-406.

NGOM (M.), « Les données personnelles dans l'environnement juridique sénégalais », in actes séminaire « Informatique et liberté, quel cadre juridique pour le Sénégal ? », Dakar, 29 et 30 août 2005.

NGOUMTSA ANOU (G.), « L'obligation de bonne foi dans le droit OHADA : analyse à partir de la vente commerciale », *l'Obligation, Études offertes au professeur Paul-Gérard Pougoué*, L'Harmattan, 2015, p.613 et s.

NIANG (M. B.), « Solidarités familiales et prise en charge des vulnérabilités économique en droit sénégalais de la famille », *Nouvelles Annales Africaines*, n° 2, 2011, pp. 235-264.

NICOD (M.), « Avant-propos », in *Le solidarisme contractuel*, GRYNBAUM (L.), NICOD (M.) (dir.), Coll. Études Juridiques, Paris, Economica, 2004, p. V et s.

NICOLAS (M.-A.), **HUMBERT (C.)**, « Loi Sapin 2, FCPA, UKBA, CCA Comment ne pas se perdre dans le dédale de la conformité ? » *Cah. dr. entrepr.*, n° 2, mars 2017, dossier 6.

NOURISSAT (C.), « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », *Dalloz*, juin 2000, n° 23, p. 369 et s.

O

OPPETIT (B.), « Éthique et vie des affaires », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, pp. 319-333.

P

PAYET (M.-S.), « Puissance économique, droit de la concurrence et droit des contrats », *RDC*, oct. 2006, n° 4, p. 1338 et s.

PICOD (Y.) ;

- « Tenu d'une obligation de loyauté, le mandat doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat », *JCP G*, déc. 1999, n° 48, II, 10210, p. 2151 et s. ;
- « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge dans l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 57, spéc. n° 12, p.67 et s.

PIETTE (G.), « La correction du contrat : conciliation entre force obligatoire et utilité du contrat ? », in *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, LARRIBAU-TERNEYRE (V.), PELLE (S.) (dir.), Coll. Le droit en mouvement, Pau, PUPPA, 2016, p. 159 et s.

PINSOLLE (Ph.), « Distinction entre le principe de l'Estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international », *JDI*, 1998. 905.

R

RAMPARANY (H.), « Regards sur l'évolution de la moralisation du droit des contrats depuis l'arrêt Huard », in H. Boucard et E. Lamazerolles, *Trente ans de droit privé : Florilège à l'occasion des trente ans de l'Équipe de recherche en droit privé*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, pp. 179-190.

REJET (T.) :

- « L'éthique des contrats en droit interne », in *Ethique des affaires, de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires*, PUAM, 1996, p. 207.
- « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC* 2004, p. 279.
- « Le juge et la révision du contrat », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 373 et s. ;

- « Le nouveau discours contractuel (rapport de synthèse) », *RDC*, sept. 2016, n° 3, p. 627 et s.
- « La “violence économique” dans la jurisprudence », in *La violence économique*, PICOD (Y.), MAZEAUD (D.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris : Dalloz, 2017, p. 11 et s.

RIERA (A.), « La réforme du droit des contrat ; l’impact sur les franchise », *AJ Contrat*, janv. 2016, n° 1, p. 20 et s.

RICOEUR (P.), « Le concept de responsabilité. Essai d’analyse sémantique », in *Le juste*, Éditions Esprit, 1995, pp.41-70.

RIPERT (G.), « L’ordre économique et liberté contractuelle », in *recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Gény*, t. 2, Paris, Sirey, 1934, p. 347 et s.

RODA (J.-C.), :

- « La compliance en droit américain : le régulateur, l’entreprise et le juge », in BORGA (N.), MARIN (J.-C.), RODA (J.-C.) (dir.), *Compliance : l’entreprise, le régulateur et le juge*, Coll. Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2018, pp. 235-248 ;
- « *Smart contracts, dumb contracts* », *Dalloz IP/IT* 2018, pp. 397-402.

ROUVIERE (F.), « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *RDC*, sept. 2016, n° 3, p. 600 et s.

S

SAKHO (A.), : « Une introduction à la compréhension de la justice contractuelle », *Nouvelles Annales Africaines, Revue de la FSJP UCAD Dakar*, 2008, n° 2/08, pp. 328-347.

SALAH (M. M.) :

- « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l’ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », *Revue internationale de droit économique*, 2001, t. XV, n° 3, pp. 251-302 ;
- « Le pouvoir économique et le droit. Variations sur un thème très niçois », *Rev. inter. dr. éco.*, 2013, n° 4, pp. 475-490 ;
- « Conception et application de la compliance en Afrique », in FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Les outils de la Compliance*, Coll. Régulations & Compliance, Dalloz, 2021, pp. 165-180.

SAMSON (C.), « L'harmonisation du droit de la vente internationale de marchandises entre pays de droit civil et pays de Common Law », in *Droit contemporain*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, pp. 100-116.

SAVAUX (E.) :

- « Le contenu du contrat », *JCP G*, mai 2015, suppl. n° 21, p. 20 et s. ;
- « Solidarisme contractuel et formation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, GRYNBAUM (L.), NICOD (M.) (dir.), Economica, Paris, 2004, p. 43, spéc. p. 46 et s.

SERIAUX (A.), « La notion de contrat synallagmatique », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 777-788.

SIRINELLI (P.), « L'équilibre dans le contenu du contrat », *Dalloz IP/IT*, mai 2016, n° 5, p. 240 et s.

SOLVEIG-EPSTEIN (A.), « La recodification du droit français des contrats et le droit européen », *Revue des Juristes de Sciences Po* n° 12, déc. 2016, act. 127.

SPITZ (J.-F.), « “Qui dit contractuel dit juste” : quelques remarques sur une formule d’Alfred Fouillée », *RTD civ.*, avril-juin 2007, n° 2, p. 281 et s.

STOFFEL- MUNCK (Ph.) : « Autour du consentement et de la violence économique », *RDC*, janv. 2006, n° 1, p. 45 et s. ;

SUPIOT (A.), « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, mai 2001, n° 43, pp. 51-58.

T

TATIANA (S.), TRICOT (J.), « La loi sur le devoir de vigilance : un modèle pour (re)penser la responsabilité des entreprises », *Droit et société*, vol. 106, n° 3, 2020, p. 683-698.

TCHOTOURIAN (I.), « Quelle éthique dans la chaîne d’approvisionnement ? », *Droit et Patrimoine*, n° 326, juillet 2022, pp. 39-45.

TERRE (F.) :

- « La codification », *Rev. euro. dr. privé*, janv. 1993, n° 1, p. 31 et s. ;
- « Avant-propos », in *Pour une réforme du droit des contrats*, TERRE (F.) (dir.), Coll. Thèmes & Commentaires, Paris, Dalloz, 2009, p. 1 et s.

TETSU (F.-X.), « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G*, 1993, n° 18, I, doct. 3673, p. 197 et s.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.) :

- « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, juin 1997, n° 2, pp. 357-385.
- « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, pp. 599-610.
- « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *Dalloz*, 2004, pp. 577-582.

TISSEYRE (S.) :

- « Le devoir de minimiser son dommage, l'hostilité du droit français est-elle toujours opportune ? », *RCA*, LexisNexis, n° 1, 2016, p. 59, spéc. p. 63.
- « De l'influence indirecte du droit anglais sur le droit français, l'exemple des sanctions en cas d'inexécution contractuelle », in LE GALLOU (C.), D'ABBADIE D'ARRAST (A.-M.) (dir.), *Le contrat dans tous ses États*, Toulouse, PUT, 2020, pp. 69-85. ;
- « LA bonne foi : un principe prophylactique », in *Mélanges à l'honneur de Saint-Alary-Houin, Un droit « positif », un droit de progrès*, LGDJ, Paris, 2020, pp. 553-558.

TISSEYRE (S.), TORREA (F.), « Les clauses sensibles du contrat de sous-traitance industrielle », in TISSEYRE (S.) (dir.), *Sécuriser la sous-traitance : Quels nouveaux défis ?*, Coll ? Des actes de colloques de l'IFR, Toulouse, PUT, 2019, pp. 221-244.

TRICOT (D.), *La bonne foi dans les Principes d'UNIDROIT*, Uniform Law Review, Volume 22, Issue 1, Mars 2017, pp. 116-121, <https://doi.org/10.1093/ulr/unx012>

TREILLARD (J.), « La violence comme vice du consentement en droit comparé », in *Mélanges de droit, d'histoire et d'économie offerts à Marcel Laborde-Lacoste*, 1963, pp. 419-434.

TUNC, (A.), « Les standards juridiques et unification du droit », in *Revue internationale de droit comparé*, 1970, pp. 247-26.

V

VAUPLANE (de) (H.), « La blockchain et le droit », *JCP E*, 2016, 1480.

VIGNAL (N.), « La vie du lien contractuel », in FAGES (B.) (dir.), *Lamy Droit du contrat*, 2003, n°410-37.

VINEY (F.), « L'expansion du « raisonnable » dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable ? », *Dalloz*, 2016, spéc. n° 10, p. 1940.

VOGEL, (J.), VOGEL, (L.), « La sanction de l'abus de position dominante commise par une entreprise », *L'ESSENTIEL droit des contrats*, 2017, n°4, p. 5 et s.

W

WERNER (P.), « La conformité comme outil de prévention du blanchiment », *Rev. Dr. blanc. Et fin.*, mai 2009, n° 3, dossier 19, pp. 13-15

WERRO (F.), « La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne », in F. WERRO (dir.), *L'eupéanisation du droit privé : Vers un Code civil européen ?*, éd. Universitaires Fribourg, 1998, p. 17.

WITZ (C.), « Pourquoi la réforme et pourquoi s'y intéresser en France ? », in *Rev. inter. dr. comp.*, vol. 54, n°4, Octobre-décembre 2002, pp. 935-940.

Z

ZOLYNSKIY (C.), « Blockchain et *smart contracts* : premiers regards sur une technologie distributive », *Rev. Dr. blanc. Et fin.*, mars 2017, n° 1, dossier 4, pp. 85-88.

Jurisprudence française et sénégalaise

Cass. com. 7 mars 1961, *Bull. civ.* III, n° 125; Paris, 30 sept. 1993, *D*, 1993. IR 226, *RTD civ.* 1994, 96, obs. MESTRE (J.).

CJCE, 21 février 1973, 6/72, Rec., p. 215.

Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *Bull. civ.* IV, n° 338, *RDT civ.*, déc. 1992, n° 4, p. 760, note MESTRE (J.) ; *Defrenois*, nov. 1993, n° 22, p. 1377, note AUBERT (J.-L.) ; *JCP G*, nov. 1993, n° 46, II, 22164, p. 469, note VIRASSAMY (G.) ; *D.*, mars 1995, n° 10, p. 85, note FERRIER (D.).

Cass., civ.3^{ème}, 15 décembre 1993, *Bull. civ.*, 1993, III, n°174, *Dalloz*, 1994, p. 507, note BENAC-SCHMIDT (F.) ; obs. TOURNAFOND (O.) ; obs. AYNES (L.) ; obs. MESTRE (J.).

Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18-632, *Bull. civ.* IV, n° 261, *JCP E*, mars 1997, n° 12, II, 924, p.49, note ADOM (J. K.) ; *JCP G*, juill. 1998, n° 29, doct. 152, p. 1315, note CHAZAL (J.-P.) ; *D.*, juin 1997, n° 22, p. 175, note DELEBECQUE (P.) ; *RTD civ.*, sept. 1997, n° 2, p. 418, note MESTRE (J.) ; *D.*, mars 1997, n° 10, p. 121, note SERIEUX (A.) ; *RTD civ.*, janv.mars

1998, n° 1, p. 213, note MOLFESSIS (N.) ; *D.*, sept. 1999, n° 33, p. 352, note GUEGUEN (J.-M.) ; *Defrénois*, mars 1999, n° 6, p. 371, note MAZEAUD (D.).

Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ. I*, n° 316, *Defrénois*, oct. 2000, n° 19, p. 1124, obs. DELEBECQUE (P.) ; *Contrat, conc. consom.*, oct. 2000, n° 10, comm. 142, p. 13, Comm. LEVENEUR (L.) ; *RTD civ.*, oct.-déc. 2000, n° 4, p. 863, note GAUTHIER (P.-Y.) ; *D.*, déc. 2000, n° 43, p. 879, note CHAZAL (J.-P.) ; *RTD civ.*, déc. 2000, n° 4, p. 827, notes MESTRE (J.), FAGES (B.) ; *JCP G*, janv. 2001, n° 4, p. 195, note LOISEAU (G.) ; *D.*, avr. 2001, n° 14, p. 1140, note MAZEAUD (D.) ;

Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, 00-12.932, *Bull. civ. I*, n° 108, *RTD civ.*, juill.-sept. 2002, n° 3, p. 502, note MESTRE (J.), FAGES (B.) ; *Contrats, conc., consom.*, août-sept. 2002, n° 8-9, comm. 121, p. 18, note LEVENEUR (L.) ; *Dr. et patrimoine*, sept. 2002, n° 107, p. 26, note LOISEAU (G.) ; *D.*, oct. 2002, n° 37, p. 2841, obs. MAZEAUD (D.) ; *JCP G*, nov. 2002, n° 48, I, 184, p. 2114, note VIRASSAMY (G.) ; *Defrenois*, oct. 2002, n° 19, p. 1246, note SAVAUX (E.) ; *Gaz. Pal.*, janv.-fév. 2003, n° 24, p. 18, note ROVINSKI (J.) ;

Cour suprême du Sénégal, Civ. et com., n° 79, 15 mai 2002, affaire n° 79/2002.

CJCE, 12 novembre 2002, Arsenal C/ M. Reed, affaire C.-206-01, point 40. *D.* 2003, p.755, note De CANDE (P.).

Cass. civ. 2^e, 19 juin 2003, n° 01-13.289 et 00-22.302, *Bull. civ. II*, n° 203 ; *D.* 2003. 2326, note J.-P. CHAZAL, 2004. 1346, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2003. 716, obs. P. JOURDAIN.

CA Paris, 21 mars 2003, *RTD civ.* 2003, p. 495, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).

Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-15783, Bull. civ. IV, n° 44 ; *D.*, 2005, AJ, 883, obs. DELPECH (X.) ; *pan.* 2843, obs. FAUVARQUE-COSSON (B.) ; *RDC*, 2005, 1015, obs. MAZEAUD (D.) ; *RTD civ.*, 2005, 392, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; *RTD com.*, 2005, 397, obs. LEGEAIS (D.).

Cass. civ. I, 6 juil. 2005, n° 01-15.912, *D.*, 2005, 2174 ; *JCP G*, 2005, I, 179, n° 6, obs. ORTSCHIEDT (J.) ; *Rev. arb.*, 2005, 993, note PINSOLLE (Ph.) ; *GP*, 25 févr. 2005, note TRAIN (F.-X.) ; *JDI*, 2006, 608, note BÉHAR- TOUCHAIS (M.) ; *D.*, 2006, 1424, note AGOSTINI (E.) ; *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 602, obs. MUIR WATT (H.).

Cass. com., 23 janvier 2007, n° 05-13.189.

Cass. com., 13 février 2007, n° 05-17.407, *Bull. civ. IV*, n° 43 ; *D.* 2007. AJ 654, obs. DELPECH (X.), et *Pan.* 2975, obs. FAUVARQUE-COSSON (B.) ; *RTD civ.* 2007. 567, obs. FAGES (B.) ; *JCP G* 2007. II. 10063, note SERINET (Y.-M.), et I. 185, n° 10, obs. STOFFEL-MUNCK (P.) ; *RDC* 2007. 707, obs. MAZEAUD (D.), et 746, obs. CARVAL (S.).

Cass. com., 5 juin 2007, n° 06-14.832, *D.* 2007. 1720, obs. DELPECH (X.), obs. AMRANI-MEKKI (S.) et FAUVARQUE-COSSON (B.), *RTD civ.* 2007. 567, obs. FAGES (B.), *RTD com.* 2008. 174, obs. BOULOC (B.), *JCP G* 2007. II. 10145, obs. HOUTCIEFF (D.), *RDC* 2007. 1121, obs. MAZEAUD (D.), et 1144, obs. CARVAL (S.).

Cass. com. 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *Bull. civ.* IV, n° 188, arrêt *Les Maréchaux*, *JCP G*, sept. 2007, n° 38, II, 10154, p. 23, note HOUTCIEFF (D.) ; *RDC*, oct. 2007, n° 4, p. 1107, note AYNES (L.) ; *RDC*, oct. 2007, n° 4, p. 1110, note MAZEAUD (D.) ; *Defrénois*, oct. 2007, n° 20, p. 1454, note SAVAUX (E.) ; *D.*, nov. 2007, n° 40, p. 2839, note STOFFEL-MUNCK (P.) ; *D.*, nov. 2007, n° 40, p. 2844, note GAUTHIER (P.-Y.) ; *JCP E*, nov. 2007, n° 46, 2394, p. 32, note MAINGUY (D.), RESPAUD (J.-L.) ; *RTD civ.*, déc. 2007, n° 4, p. 773, note FAGES (B.) ; *D.*, déc. 2007, n° 42, p. 2972, note FAUVARQUE-COSSON (B.) ; *Contrats, conc. consom.*, déc. 2007, n° 12, comm. 294, p. 15, obs. LEVENEUR (L.) ; *Lamy droit civil*, fév. 2008, n° 46, p. 6, note DELEBECQUE (P.).

Cass. com. 9 juin 2009, n° 08-11.420 ; *RTD civ.*, 2009. 719, obs. FAGES (B.).

Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67369 ; *RDC* 2011, p. 34, obs. SAVAUX (E.) ; *D.* 2010, p. 2481, note MAZEAUD (M.), p. 2485 ; *JCP G* 2010, 1056, note T. FAVARIO ; *JCP G* 2011, n° 63, obs. GHESTIN (J.) ; *RTD civ.* 2010, p. 782, obs. FAGES (B.) ; *LPA* 24 déc. 2010, p. 7, note CHONÉ (A.-S.) ; *Dr. et patr.* 2011, n° 200, 68, obs. STOFFEL-MUNCK (P.) ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 12-13, p. 21, obs. HOUTCIEFF (D.) ; *Defrénois* 2011, n° 8, p. 811, obs. SEUBE (J.-B.).

Cass. com., 20 septembre 2011, *RTD civ.*, 2011, p. 760, note FAGES (B.).

Cass. com., 4 octobre 2011, n° 10-20956, *D.* 2011. 3052, note DISSAUX (N.) ; *JCP*, 2012, 135, note GHESTIN (J.) ; *RDC*, 2012, 64, obs. GENICON (T.) ; *RLDA*, 2012, 3830, obs. RIERA (A.).

Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, n°10-12.875, *Dalloz*, 2011, p. 1451, note MAZEAUD (D.).

Cass. com. 12 juin 2012, n° 11-19.047, *D.* 2012. 2079, note DISSAUX (N.), *RTD civ.* 2012. 724, obs. FAGES (B.).

Cour suprême Sénégal, Civ. et com., n° 81, 5 septembre 2012, affaire n° J/03/ RG/ 12.

Cass. com. 23 octobre 2012, n° 11-23.376 ; *D.* 2013. 686, note D. Mazeaud, et 391, obs. AMRANI-MEKKI (S.) et MEKKI (M.) ; *Rev. sociétés* 2013. 160, note REYGROBELLET (A.) ; *RTD civ.* 2013. 112, obs. FAGES (B.) ; *Gaz. Pal.* 21-22 déc. 2012, p. 21, note DONDERO (B.) ; *Dr. et patr.* juin 2013, p. 66, obs. AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.).

CA Paris, pôle 5, ch. 5, 4 juill. 2013, n° 12-07.651, *EMC Distribution c/ Min., Économie* : *JurisData* n° 2013- 015022.

Cass. civ. 3^e, 10 juill. 2013, n° 12-13.851, inédit ; *D.* 2013. 2658, obs. BACACHE (M.), GUEGAN-LECUYER (A.) et PORCHY-SIMON (S.) ; *RDI* 2013. 470, obs. B. BOUBLI.

Cass. com., 11 mars 2014, n° 12-29.820 ; *D.* 2014. 1915, note MAZEAUD (D.).

Cass. com., 18 mars 2014, n° 12-29.453 ; *D.* 2014. 1915, note D. Mazeaud ; *D.* 2015. 529, obs. AMRANI-MEKKI (S.) et MEKKI (M.) ; *RTD civ.* 2014, p. 884, obs. BARBIER (H.) ; *JCP G* 2014, 1116, note GHESTIN (J.) ; *JCP E* 2015, 1224, note DELANGLE (C.) ; *RDC*, 2014, p. 345, note LAITHIER (Y.-M.) ; *AJCA* 2014, p. 78, obs. DUBARRY (J.).

Cass. com., 7 octobre 2014, n° 13-21.086, D. 2014. 2329, note BUY (F.), *ibid.* 2015. 943, obs. FERRIER (D.), *RTD civ.* 2015. 381, obs. BARBIER (H.), *RTD com.* 2015. 144, obs. BOULOC (B).

Cass. com., 4 novembre 2014, n° 11-14.026, D. 2015. 183, note J. Ghestin, et 529, obs. AMRANI-MEKKI (S.) et MEKKI (M.) ; *AJCA* 2015. 78, obs. BROS (S.) ; *JCP E* 2014. 1639, obs. CHONÉ-GRIMALDI (A. S.).

Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, Bull. civ. IV, n° 42, arrêt Eurachan et Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, inédit, arrêt Provera, D., avr. 2015, n° 16, p. 947, note FERRIER (D.) ; *JCP E*, avr. 2015, n° 17-18, étu. 1207, p. 36, note LEGAC-PECH (S.) ; *Lamy droit civil*, mai 2015, n° 126, p. 17, note LE GALLOU (C.) ; *D.*, mai 2015, n° 17, p. 997, note TREARD (S.) ; *D.*, mai 2015, n° 17, p. 1021, note BUY (F.) ; *AJ Contrat*, mai 2015, n° 5, p. 218, note CHANTEPIE (G.) ; *JCP E*, juin 2015, n° 25, p. 34, note LOIR (R.) ; *RDC*, sept. 2015, n° 3, p. 523, note BEHAR-TOUCHAIS (M.) ; *RTD com.*, oct. 2015, n° 3 p. 486, note CHAGNY (M.).

Cass. civ. 2^e, 26 mars 2015, n° 14-16.011, Bull. civ. II, n°72 ; *D.* 2015. 1475, note F. GREAU.

Cour d'appel Paris, 1er juillet 2015, n°13-19251.

Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013, inédit, arrêt Carrefour, JCP E, janv. 2017, n° 4, p. 36, note LEGAC-PECH (S.) ; *RDC*, mars 2017, n° 1, p. 81, note BEHAR-TOUCHAIS (M.) ; *D.*, déc. 2016, n° 42, p. 2489, note PICOD (Y.).

Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, Bull. civ. IV, n° 13, arrêt Le Galec, JCP G, mars 2017, n° 10, étu. 255, p. 436, note BEHAR-TOUCHAIS (M.) ; *D.*, mars 2017, n° 9, p. 481, note BUY (F.) ; *Essentiel droit des contrats*, mars 2017, n° 3, p. 1, note CATTALANO-CLOAREC (G.) ; *JCP E*, mars 2017, n° 10, p. 36, note LE GAC-PECH (S.) ; *Lamy affaires*, avr. 2017, n° 125, p. 14, note LEROY (G.), BEAUMONT (S.) ; *RTD civ.*, juin 2017, n° 2, p. 383, note BARBIER (H.) ; *RDC*, sept. 2017, n° 3, p. 470, note GRIMALDI (C.) ; *RTD com.*, nov. 2017, n° 3, p. 601 et 603, note CHAGNY (M.).

Cass. com., 26 avr. 2017, n° 15-27.865, inédit, arrêt Darty, Contrats, conc. consom, juill. 2017, n° 7, comm. 146, p. 79, note MATHEY (N.).

CJUE, 5e ch., 4 oct. 2018, aff. C-105/17, *Komisija za zashtita na potrebitelite c/ Evelina Kamenova* ; *D.*, 2018, p. 1965 ; *D.*, 2018, p. 2270, obs. J. LARRIEU ; *AJ Contrat*, 2018, p. 534, obs. V. LEGRAND ; *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 702, obs. A. LECOURT ; *D.*, 2019, pan., p. 607, obs. H. AUBRY.

Cass. civ. 3e, 6 septembre 2018, *Recueil Dalloz*, Éd. Dalloz, n° 40, 2018, 2213, note TISSEYRE (S.).

Cour suprême du Sénégal, Civ. et com., n° 30, 3 avril 2019, affaire n° J/170/RG/18.

Cass. com., 5 juin 2019, n° 17-26.360.

Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12817, *Contrat et compliance*, 10 mars 2020, *Gazette du Palais*, note RODA (J.-C.).

Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18- 12.823, *Bull. civ.*, n° 9, p. 62, *JCP E* 2020, 1236, note GUÉGAN (E.) ; *D.* 2019, p. 2292 ; *D.* 2019, 2020, p. 789, obs. FERRIER (N.) ; *RTD civ.* 2020, p. 109, obs. BARBIER (H.) ; *RTD com.* 2020, p. 322, obs. CHAGNY (M.) ; *AJ contrat*, janv. 2020, n° 1, p. 35, obs. BUY (F.) ; *JCP G*, janv. 2020, n° 1, p. 26, note DISSAUX (N.) ; *RDC* 2020, p. 39, obs. BEHAR-TOUCHAIS (M.) ; *Contrats, conc. consom.*, janv. 2020, n° 1, comm. 6 p. 27, Comm. MATHEY (N.).

Cass. com., 10 juin 2020, n° 18-21.536, *JCP E* 2020, 1522, n° 1, obs. RESPAUD (J.-L.), DESTOURS (S.).

Cass. com., 24 juin 2020, n° 18-15.249.

T. com. Paris, 1^{ère} ch., 13 oct. 2020, n° 2017/005123, *D.*, déc. 2020, n° 43, p. 2426, note SERRA (Y.) ; *AJ Contrat*, déc. 2020, n° 12, p. 543, note RODA (J.-C.) ; *Lamy concurrence*, janv. 2021, n° 101, p. 33, note BOUDOU (M.).

Cass. com., 1^{er} déc. 2021, n° 18-26.572, F-D : *JurisData* n° 2021-019902.

Cass. com. 26 janv. 2022, n° 20-16.782 FS-B, *Sté Locam c/ Sté Grenn day*.

Cass. com., 21 avril 2022, n° 20-20.421.

Cass. com., 10 juin 2022, n° 18-21536.

Cass. civ., 3^e, 30 nov. 2022, n° 22-22163, *RDC mars 2023*, n° 1, note M. Dugué.

T. com. Paris, 14 décembre 2022, n° 2022033136.

Cass. com. 18 janvier 2023, F-B, n° 21-16.812, *Dalloz actualité*, 24 janvier 2023, obs. C. Hélaine ; obs. M. Hervieu.

CA Metz, 20 juin 2023, n° 22.0668.

CJUE, 29 juin 2023, C-211/22, *Super Bock Bebidas SA, AN, BQ, c/ Autoridade de la Concorrenca*.

Cass. com., 6 septembre 2023, n° 21-22.493.

Cass. com., 17 janvier 2024, n° 22-20785.
Cass. com., 5 juin 2024, n° 22-20.930.
Cass. com., 5 juin 2024, n° 23-15.74.
Cass. com. éco. Et fin., 10 juillet 2024, pourvoi n° 22-21.947.
Cass. com., 18 décembre 2024, n° 24-14.750.
TJ Paris, 11 févr. 2025, n° 15-2025.
Cass. 1^{re} civ., 29 janv. 2025, n° 21-21.150.
Cass. com., 26 février 2025, n° 23-21.266.
Cass. com., 26 février 2025, n° 23-20.225 F-B.
Cass. com., 14 mai 2025, n° 23-17.948.

Références en langue anglaise

Ouvrages généraux, Traités et Manuels

A

ANDREWS (N.), *Contract Law*, 2^e éd., Cambridge University Press, 2015.
ANSON (W. R.), *Principles of the English law of contract and of Agency in its relation to contract*, 2nd American from 4th London Edition, Chicago : Callaghan and Company, 1887.
ATYAH (P.S.), SMITH (S.A.), *Introduction to the Law of Contract*, 6th éd., Clarendon Press - Oxford, 2005.

B

BEATSON (J.), BURROWS (A.), CARTWRIGHT, (J.), *Anson's Law of Contract*, 29^{ème} éd., Oxford, 2010.
BERMAN (H. J.), *Law and Revolution : The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass. & London, England : Harvard University Press 1983.
BIRKS (M.), *Unjust Enrichment*, 2^d éd., Clarendon Law Series, 2005.
BURROWS (A.), (dir.), *English Private law*, 3rd éd., Oxford, 2013.

C

CARTWRIGHT (J.) :
Misrepresentation, Mistake and Non-disclosure, 3rd éd, Sweet & Maxwell, 2012.
Contract Law, An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, 3rd éd., Bloomsbury, 2016.
CHEN-WISHART (M), *Contract Law*, 6th éd., Oxford, 2018.
COLLINS (H.), *The Law of Contract*, 4th éd., LexisNexis UK, 2003.

D

DUXBURY (R.), *Contract Law*, 2^d éd., Sweet & Maxwell, 2011.

E

EISENBERG (M. A.), *Foundational principles of contract law*, Oxford, 2018.

ELLIOTT (W. F.), *Commentaries on the Law of Contracts*, vol. 1, The Bobbs-Merill Company, 1913.

F

FURMSTON (M.), TOLHURST (G.), *Contract Formation, Law and Practice*, 2nd éd., Oxford, 2016.

H

HOLDSWORTH (W. S.), *History of the English Law*, Volume VIII, Methuen & Co. Ltd., 1925. **H. KÖTZ**, *European Contract Law*, 2nd éd., translated from the German by Gill MERTENS and Tony WEIR, Oxford, 2017.

M

MACDONALD EGGERS (P.), *Vitiation of Contractual Consent*, 1st éd., Informa Law from Routledge, 2017.

MAK (V.), *Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Hart publishing, 2009.

MARKESINIS (B.), UNBERATH (H.), JOHNSTON (A.), *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, 2nd éd., Hart publishing, 2006.

MCKENDRICK (E.) :

Contract Law, Text, Cases, and Materials, 5^{ème} éd., Oxford, 2012.

Contract Law, Macmillan International Higher Education, 13th éd., 2019.

MURRAY (R.), *Contract Law, The Fundamentals*, 3rd éd., Sweet & Maxwell, 2014.

P

PEEL (E.), TREITEL (G. H.), *The Law of Contract*, Thirteenth Edition, Sweet & Maxwell, 2011.

POOLE (J.), *Textbook on contract law*, 13^e éd., Oxford University Press, 2016.

R

RICHARDS (P.), *Law of Contract*, 8th éd., Pearson, 2007.

S

SIMPSON (A. W. B.), *A History of the Common Law of Contract, The Rise of the Action of Assumpsit*, Oxford University Press, 1975.

SMITH (S. A.), *Contract Theory*, Clarendon Law Series, 2004.

STEWART (A.), SWAIN (W.), FAIRWEATHER (K.), *Contract Law, Principles and Context*, Cambridge University Press, 2019.

STONE (R.), *The Modern Law of Contract*, 6th éd., 2005, Cavendish Publishing Limited.

STONE (R.), DEVENNEY (J.), *The Modern Law of Contract*, 12th éd., Routledge, 2017.

SWAIN (W.), *The Law of Contract, 1670-1870*, Cambridge, 2015.

T

TEEVAN (K. M.), *A History of the Anglo-American Law of Contract*, Greenwood Press, 1991.

TER HAAR (R.), *Remedies in Construction Law*, 2nd éd., Informa Law from Routledge, 2017.

THOMPSON (N.), *The Rights of Parties to Illegal Transactions*, The Federation Press, 1991.

TREITEL (G. H.), *Frustration and Force Majeure*, 2nd éd., London, Sweet & Maxwell, 2004.

Y

YORIO (E.), *Contract Enforcement, Specific Performance and Injunctions*, 2nd éd., updated by S. THEL, Wolters Kluwer, 2020.

Z

ZWEIGERT (K.), KÖTZ (H.), *An Introduction to Comparative Law*, 3rd éd., Oxford 1998.

Ouvrages spéciaux, Thèses et Monographies

À

ARMOUR (J.), BENNETT (H.), (dir.), *Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency*, Oxford, 2003.

ATITYAH (P. S.), *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, 1979.

ATITYAH (P. S.), *Essays in Contract*, Clarendon Press, 1986.

B

BURROWS (A.), *A Restatement of the English Law of Contract*, Oxford, 2016.

C

CHEREDNYCHENKO (O. O.), *Fundamental Rights, Contract Law and the protection of the Weaker Party : A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, these, Sellier. European Law Publishers, 2007.

COOTE (B.), *Contract as Assumption, Essays on a Theme*, Oxford, Hart Publishing, 2010.

F.

FRIED (C.), *Contract as promise, A Theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press, 1981.

G

GRANVILLE MCELROY (R.), *Impossibility of Performance : A Treatise on the Law of Supervening Impossibility of Performance of Contract, Failure of Consideration, and Frustration*, Cambridge, 1941.

M

MACDONALD EGGERS (P.), *Vitiation of Contractual Consent*, 1st éd., Informa Law from Routledge, 2017.

Articles, Chroniques, Contributions et Études

B

BARNETT (R. E.), « Contract Is Not Promise ; Contract Is Consent », in *Philosophical Foundations of Contract Law*, (dir.) G. Klass, G. Letsas & P. Saprai, Oxford, 2014, p. 42 et s.

BLODGETT (M. S.), « Substantive Ethics : Integrating Law and Ethics in Corporate Ethics Programs », 2011, 99-1, *Journal of Business Ethics* 39, 45, p. 39-48.

BURROWS (A.), « Illegality after Patel v Mirza », *Current Legal Problems*, vol. 70, Issue 1, 1 December 2017, p. 55 et s.

D

DIGWA-SINGH (S.), « The application of commercial impracticability under article 2-615 of the Uniform commercial code », in E. McKendrick (dir.), *Force majeure and Frustration of Contrat*, 2nd éd., Informa Law from Routledge, 1995, p. 305 et s.

F

FRIED (C.), « The Ambitions of Contract as Promise », in *Philosophical Foundations of Contract Law*, (dir.) G. Klass, G. Letsas & P. Saprai, Oxford, 2014, p. 17 et s.

FULLER (L.), « Consideration and Form », *Columbia Law Review*, vol. 41, n° 5, (mai 1941), p. 799 et s.

K

KAIN (B.), YOSHIDA (D.T.), « The doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law », *Annual review of Civil Litigation*, 2007.

J

JOACHIM (W. E.), « The “Reasonable man” in United States and German commercial Law », in *The Comparative Law Yearbook of International Business*, spec, 1922, p. 341-360.

L

LANGEVOORT (D. C.), « Cultures of Compliance », *Am. Crim. L. Rev.* 2017, n° 54, p. 933-977.

LEGRAND (P.), « European Legal Systems are not Converging », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, p. 52 et s.

M

MONATERI (P. G.), « Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the « Western Legal Tradition », *Hastings Law Journal* 2000.479.

R

RAZ (J.), « Is There a Reason to Keep a Promise ? », in *Philosophical Foundations of Contract Law*, (dir.) G. Klass, G. Letsas & P. Saprai, Oxford, 2014, p. 58 et s.

S

SCHWARTS (M. S.), « A Code of Ethics for Corporate Code of Ethics », (2002) 41-1, 2 *Journal of Business Ethics* 27.

SKLAROFF (J. M.), « Smart Contracts and the Cost of Inflexibility », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 166, 2018, p. 273 et s.

SWADLING (W.), « The judicial construction of force majeure clauses », in E. McKendrick (dir.), *Force Majeure and Frustration of Contract*, 2nd éd., Informa Law from Routledge, 1995, p. 3 et s.

T

TOULSON (R.), « Illegality : Where are we now ? », in *Defences in Contract*, (dir.) A. Dyson, J. Goudkamp, F. Wilmot-Smith, p. 279.

Jurisprudence américaine

Hamer c./ Sidway, Court of appeals of New York, 124 N.Y. 538, 27 N.E. 256 (1891).

American Banana Co. c./ United Fruit Co. 213 U.S. 347 (1909).

Hotchkiss c./ National City Bank, 200 F. 287, 294-95 (S.D.N.Y. 1911).

Allegheny College c./ National Chautauqua County Bank of Jamestown, 246 N.Y. 369 159 N.E. 173 (1927).

Rockingham County c./ Luten Bridge Co., 35 F. 2d 301 (4th Cir. 1929).

Drennan c./ Star Paving Co., 51 Cal. 2d 409, 333 P.2d 757 (SCCal. 1958).

Richard Bruce & Co. c./ J. Simpson & Co., 40 Misc. 2d 501, 504, 243 N.Y.S.2d 503, 506 (1963).

Hoffman c. Red Owl Stores, Inc., 26 Wis. 2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965).

Amalgamated Investment and Property Co Ltd c./ Texas Commerce International Bank Ltd [1982] 1 QB 84 à 107.

Brooks v. US, 708 F.2d 1280, 1281, 7th Cir. (1983).

Kasky c./ Nike, Cour Suprême de Californie, 27 Cal. 4th 939, n° S087859, 2 mai 2002.

US c./ Booker, 543 S. Ct. 220, (2005).

Citizens United c./ Fed. Election Comm’n, 558 S. Ct. 310, (2010).

Bocksel c./ DG3 Amérique du Nord, Inc., 2016 WL 873138, à *10 (E.D.N.Y. 12 févr. 2016).

SEC c./ Straub, n° 11 Civ 9645 (RJS), S.D.N.Y. (2016).

Rosales-Mireles c./ US, 138, S. Ct., (2018).

United States c./ Hoskins, n°16-1010-cr (2d Cir. 2018), p. 41.

Stevenson c./ US, n° 5:93CR30025-003, W.D. Va., (2021).

Jurisprudence anglaise

Staniforde c./ Lyall and Others, 20 nov. 1830, 7 Bing 169.

Blyth c./ Company Proprietors of the Birmingham Water Works (1856), 11 Ex. Ch. 781, 156 E.R. 1047.

Frost c./ Knight (1872) 7 Ex. 111.

Hughes c./ Metropolitan Railway Co (1877) 2 App. Cas 439.

British Westinghouse and Manufacturing Co Ltd. c./ Underground Electric Railways Company of London Ltd [1912] AC 673.

Foley c./ Classique Coaches Ltd. (1934) 2 K. B. 1.

Baird Textile Holdings Ltd c/ Mark & Spencer (2001), EWCA Civ 274.

Bulkhaul Limited c./ Rhodia Organique Fine Ltd (Court of Appeal (Civil Division)), 18 déc. 2008, EWCA Civ 1452.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Abus :

- de dépendance économique : 115 et s., 482, 678, 692.
- de dépendance en droit commun : 121 et s.
- de marché : 516, 524, 528, 553, 608.
- de position dominante en droit *antitrust* : 310 et s., 392 et s., 779.

Altruisme :

- et protection de la partie faible : 760 et s.
- et exigence de coopération : 783 et s.
- et interdépendance des contractants : 787.

Annalyse économique du contrat : 298, 337, 372, 377, 384 et s., 428.

Attentes légitimes : 182, 228, 239, 248, 283, 690, 705 et s.

Autonomie de la volonté :

- et contrat de dépendance : 127 et s., 138 et s, 768.
- limites et déclin : 215, 445, 678, 684 et s., 700 et s., 726 et s., 735, 834 et s., 840.

B

Bonne foi :

- en droit français : 72 et s.
- en droit sénégalais : 186 et s.
- en droit américain : 262, 267, et s.
- et abus de dépendance : 115, et s.
- et obligation d'information : 109 et s., 190 et s.
- et vice du consentement : 121 et s.
- et protection de l'économie du contrat : 127, et s ; 407 et s.
- et pérennité du contrat : 138 et s.
- et fraternité contractuelle : 97, 763.
- bonne foi objective : 86, et s.
- notion : 79 et s., 93 et s.
- norme de comportement : 83 et s., 99.
- principe directeur : 95 et s.

Bonnes mœurs : 165 et s., 686, 725.

Buts monumentaux : 447 et s, 456 et s., 475, 495 et s., 512, 524, 561 et s., 582, 602 et s., 634 et s., 838.

C

Cause du contrat :

- et attente d'un intérêt légitime : 697 et s.
- et contrepartie convenue : 156 et s.
- et police de la clause : 173 et s. Voir contrôle de l'économie du contrat.
- et conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs : 165 et s. Voir cause subjective (contrôle de la licéité et de la moralité de la cause).
- et interprétation subjective du contrat : 179 et s.
- et interprétation objective du contrat : 183 et s.

Clauses abusives :

- et rejet du dogme de l'autonomie de la volonté : 726 et s.
- et ordre public contractuel : 731 et s.
- clause d'intégralité : 135 et s.
- clause de best efforts : 318.
- clause d'échelle mobile : 174.
- clause de *liquidated damages* : 319, 425 et s., 807.
- *unconscionability* : 694, 702, 735, 752, 768, 778.

Clause de *hardship* : 319, 425 et s., 807.

Compliance :

- en droit français : 452 et s.
- en droit sénégalais : 522 et s.
- en droit américain : 601 et s.

- et responsabilisation des acteurs économiques : 454, 470, 480, 499, 508, 634, 638, 669, 677, 838, 857.
- et mesures de vigilance raisonnable : 486 et s., 563.
- et traitement des données personnelles : 487, 498, 517, 528 et s.
- et diversification des sanctions : 507 et s.
- et durcissement des sanctions : 515 et s., 584, 592 et s.
- et sanction en *ex ante* : 578 et s.

Consideration : 241, 239, 243 et s., 273, 278.

Contractualisation de la *self-régulation* :

604 et s., 610 et s., 625, 643, 650 et s., 855.

Contrat de dépendance : 116, 768.

Contrat d'affaires :

- notion : 35 et s.

Contrat relationnel :

- et admission de la théorie de l'imprévision : 800 et s., 819 et s.
- et pérennité du contrat : 803, 810.

Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) : 500, 512 et s.

Coopération : 106, 245, 261 et s., 336, 409, 626, 669, 781 et s., 787 et s., 791 et s., 802, 835, 841, 855.

Croyance légitime : 242, 277, et s., 694, 749, 850.

CVIM : 403 et s.

D

Devoir de loyauté : 100 et s., 190 et s., 789.

Devoir de se renseigner : 111.

Dispositif de vigilance anti-blanchiment : 540, 545, 549.

Dol :

- réticence dolosive : 111, 194.

Droit européen : 390 et s.

Droit OHADA : 202 et s., 208, 257, 372, 397 et s.

E

Économie du contrat : 127 et s., 171 et s., 257, 323, 378, 738, 847.

Éthique :

- notion : 14 et s.

- en droit français : 19 et s.

- en droit sénégalais : 21 et s.

- en droit américain : 21 et s.

- et morale : 26.

- et *compliance* : 29 et s..

- et confiance : 31.

- valeur juridique : 32 et s.

Équité : 183, 195, 277, 682 et s., 703 et s., 712 et s., 721 et s., 733 et s., 740, 839.

Évaluation des programmes de
compliance :

- et contrôle de la liberté contractuelle : 652 et s.

Extra-territorialité des dispositifs de
***compliance* américain** : 625 et s.

- et justice négociée : 512, 626 et s., 661, 665 et s.

- et *monitoring* : 627 s.

- et due diligence raisonnable : 628 et s.

F

Force obligatoire du contrat : 195, 355, 357, 425, 680, 690 et s., 697 et s., 700 et s., 753, 757 et s., 814, 828, 840.

Frustration : 319, 334, 806 et s., 825.

I

Intérêts légitimes :

- et fondement de la force obligatoire du contrat : 680 et s., 697 et s., 720, 783.

J

Justice commutative : 193 et s., 757, 802.

Justice contractuelle : 99, 180, 368, 399, 444, 757 et s., 781 et s., 802, 822, 839.

L

Lésion : 117, 424, 439, 771 et s.

M

Morale :

- moralité contractuelle : 19, 20, 97, 140, 156, 162 et s., 165, 179, 214, 294, 372, 384, 707, 725, 758, 791, 833.

Moralisation :

- notion : 42 et s.

O

Obligation de minimiser le dommage.

Voir *duty to mitigate damages* : 200 et s., 265 et s.

Obligation de vigilance : 476 et s., 488 et s., 532, 539 et s.

Obligation précontractuelle

d'information : 109 et s., 159, 194, 325.

Obligations de contrôle et de remédiation du dispositif de compliance : 468 et s.

Obligations de détection des risques de non-conformité : 311 et s.

Obligations de prévention des risques de non-conformité : 465 et s.

Ordre public : 150, 165 et s., 725 et s., 729 et s.

P

Parquet transnational : 632 et s.

Pouvoirs unilatéraux correctifs du contenu du contrat : 445 et s.

Performance économique :

- et contrat de distribution : 314 et s.
- et obligation d'information précontractuelle sur la performance économique : 323 et s.
- et clauses de performance: 319 et s.
- et vice du consentement. Voir erreur sur la rentabilité économique : 329 et s.

Plea bargaining : 665 et s.

Principes directeurs du droit européen du contrat : 129, 394.

Principes Unidroit : 137, 403 et s.

Promissory estoppel. Voir également interdiction de se contredire au détriment d'autrui : 273, et s., 695, 848.

Proposition de règlement de droit commun de la vente en droit européen : 101.

R

Raisnable :

- notion : 222 et s.

- valeur de comportement : 224 et s.
- norme juridique souple : 230 et s.
- et rôle du juge : 247 et s.
- et existence du contrat : 239 et s.
- et attentes raisonnables : 243 et s., 249 et s.

Résolution unilatérale du contrat : 52,
712 et s.

S

Smart contracts :

- et performance économique : 357 et s.
- et optimisation du contrat : 351 et s.
- et immuabilité des stipulations contractuelles : 359 et s.
- et impossibilité d'inexécution licite du contrat : 361 et s.
- et force obligatoire du contrat : 355 et s.

Subjectif twist : 242.

Table des matières

REMERCIEMENTS.....	III
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	V
SOMMAIRE	IX
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
PREMIÈRE PARTIE :	41
DES INSTRUMENTS DIFFÉRENCIÉS DE MORALISATION DES CONTRATS D’AFFAIRES EN DROIT FRANÇAIS, SÉNÉGALAIS ET AMÉRICAIN	41
TITRE PREMIER : LES MARQUEURS SPÉCIFIQUES DE LA MORALISATION DES CONTRATS D’AFFAIRES	43
CHAPITRE 1 : LA BONNE FOI, OUTIL DE MORALISATION DES CONTRATS D’AFFAIRES EN DROIT FRANÇAIS	45
SECTION 1 : LES CONTOURS DE LA NOTION DE BONNE FOI EN DROIT FRANÇAIS	46
<i>Sous-section 1 : La dimension morale de la bonne foi en droit français</i>	46
A- Sources historiques et cadre conceptuel de la bonne foi.....	47
B- Orientation moralisatrice de la bonne foi.....	50
<i>Sous-section 2 : La dimension juridique de la bonne foi en droit français.....</i>	53
A- Identité juridique de la bonne foi	54
B- Dynamique juridique de la bonne foi	58
SECTION 2 : L’UTILISATION DE LA NOTION DE BONNE FOI EN DROIT FRANÇAIS	61
<i>Sous-section 1 : La protection du consentement des parties par la bonne foi.....</i>	61
A- Information, moralisation et bonne foi.....	62
B- Abus de dépendance, moralisation et bonne foi	67
<i>Sous-section 2 : La protection du contrat par la bonne foi.....</i>	72
A- La bonne foi au service de l’économie du contrat	73
B- La bonne foi au service de la pérennité du contrat.....	78
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	81
CHAPITRE 2 : LA CAUSE ET LA BONNE FOI, OUTILS DE MORALISATION DES CONTRATS D’AFFAIRES EN DROIT SENÉGALAIS.....	83
SECTION 1 : LA CAUSE, OUTIL DE MORALISATION DES CONTRATS D’AFFAIRES EN DROIT SENÉGALAIS.....	85
<i>Sous-section 1 : Cause, moralisation et contrôle de validité des contrats d’affaires en droit sénégalais</i>	85
A- Existence de la cause : une exigence empreinte de moralité contractuelle	86
B- Conformité à l’ordre public et aux bonnes mœurs de la cause.....	90

<i>Sous-section 2 : Cause, moralisation et contrôle du contenu des contrats d'affaires en droit sénégalais</i>	93
A- La police des clauses assurée par la cause	93
B- L'interprétation du contrat autorisée par la cause	97
SECTION 2 : LA BONNE FOI, OUTIL DE MORALISATION DES CONTRATS D'AFFAIRES EN DROIT SÉNÉGALAIS.....	101
<i>Sous-section 1 : Bonne foi, moralisation et obligation d'information dans les contrats d'affaires en droit sénégalais</i>	102
A- L'obligation d'information générale issue des lois uniformes, favorable à la loyauté contractuelle	102
B- L'exigence implicite d'une obligation générale d'information par les dispositions du COCC, gage de justice commutative	104
<i>Sous-section 2 : Bonne foi, moralisation et obligation de minimisation du dommage en droit sénégalais</i>	108
A- La consécration de l'obligation de minimiser le dommage en droit OHADA	109
B- L'appréciation de la finalité de l'obligation de minimiser le dommage en droit OHADA	112
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	115
CHAPITRE 3 : LE « RAISONNABLE », OUTIL DE MORALISATION DES CONTRATS D'AFFAIRES EN DROIT AMÉRICAIN	117
SECTION 1 : L'EXISTENCE D'UN STANDARD DE COMPORTEMENT DANS LES CONTRATS D'AFFAIRES AMÉRICAINS	118
<i>Sous-section 1 : L'émergence du « raisonnable » dans les contrats d'affaires américains</i>	119
A- Le « raisonnable » comme norme de valeur	119
B- Le « raisonnable » comme norme juridique souple	123
<i>Sous-section 2 : Les applications du « raisonnable » dans les contrats d'affaires américains</i>	125
A- Le « raisonnable » pour contrôler l'existence du contrat	126
B- Le « raisonnable » pour vérifier le contenu du contrat	130
SECTION 2 : LES DECLINAISONS DU STANDARD DE COMPORTEMENT DANS LES CONTRATS D'AFFAIRES AMÉRICAINS	134
<i>Sous-section 1 : L'existence du « duty to mitigate damages » en droit américain</i>	134
A- Les fondements du « duty to mitigate damages »	135
B- Le contenu du « duty to mitigate damages »	138
<i>Sous-section 2 : La reconnaissance du « promissory estoppel » en droit américain</i>	142
A- Les origines du « promissory estoppel »	142
B- Les implications du « promissory estoppel »	146
CONCLUSION DU CHAPITRE 3	150
CONCLUSION DU TITRE PREMIER	151

TITRE DEUXIÈME : UNE MISE EN ŒUVRE HÉTÉROGÈNE DES MARQUEURS TRANSDISCIPLINAIRES ET INTERNATIONAUX DE LA MORALISATION DES CONTRATS D’AFFAIRES	153

CHAPITRE 1 : DES MARQUEURS TRANSDISCIPLINAIRES DE LA MORALISATION DES CONTRATS D’AFFAIRES VARIABLES DANS LEUR MISE EN ŒUVRE.....	155

SECTION 1 : MORALISATION, EXIGENCE DE PERFORMANCE ECONOMIQUE ET ATTRACTIVITE JURIDIQUE	156

<i>Sous-section 1 : Un processus dissemblable de recherche de performance et d’attractivité amorcé par le droit spécial</i>	<i>156</i>

A- Des étendues divergentes des outils du droit <i>antitrust</i> de moralisation des accords de distribution	157
B- Des mécanismes de contrôles divergents de l’obligation de performance économique dans les accords de distribution	164

<i>Sous-section 2 : Une application divergente des mécanismes de recherche de performance et d’attractivité intégrée en droit commun.....</i>	<i>168</i>

A- Le traitement spécifique des obligations contractuelles extrinsèques : l’exemple de l’obligation d’information sur la performance économique.....	169
B- Le contrôle de l’erreur sur la rentabilité économique des contrats d’affaires : un mécanisme spécifique au droit français	173

SECTION 2 : MORALISATION, EXIGENCE DE PERFORMANCE ECONOMIQUE ET OUTILS TECHNOLOGIQUES INNOVANTS	178

<i>Sous-section 1 : Le recours aux smart contracts fondés sur des blockchains</i>	<i>179</i>

A- La représentation technologique de l’intérêt du contrat	180
B- La recherche d’optimisation du contrat	186

<i>Sous-section 2 : Les atouts et risques liés aux smart contracts fondés dans de la blockchain</i>	<i>190</i>

A- L’automatisation de l’exécution du contrat.....	191
B- Les limites de l’autonomisation	194

CONCLUSION DU CHAPITRE 1	199

CHAPITRE 2 : DES MARQUEURS INTERNATIONAUX DE LA MORALISATION DES CONTRATS D’AFFAIRES VARIABLES DANS LEUR MISE EN ŒUVRE.....	201

SECTION 1 : LA MORALISATION DES CONTRATS D’AFFAIRES IMPREGNEE PAR LE DROIT OHADA ET LE DROIT EUROPEEN DES AFFAIRES	202

<i>Sous-section 1 : L’uniformisation des règles de moralisation des contrats d’affaires, vecteur de standardisation</i>	<i>203</i>

A- Les causes de l’uniformisation des instruments de la moralisation des contrats d’affaires	204
B- Les apports de l’uniformisation des instruments de la moralisation des contrats d’affaires.....	207

<i>Sous-section 2 : La mise en œuvre des règles uniformes de moralisation des contrats d’affaires internationales</i>	<i>211</i>

A- La démarche du droit européen des affaires	212
B- La démarche du droit OHADA	216

SECTION 2 : LA MORALISATION DES CONTRATS D’AFFAIRES IMPREGNEE PAR LA CVIM ET LES PRINCIPES UNIDROIT	220
<i>Sous-section 1 : La moralisation des contrats d’affaires mise à l’honneur par la standardisation des règles matérielles de la CVIM</i>	221
A- Le recours au standard de la bonne foi dans la CVIM.....	222
B- L’expression du standard du « raisonnable » dans la CVIM	226
<i>Sous-section 2 : La moralisation des contrats d’affaires mise à l’honneur par la contractualisation des principes Unidroit.....</i>	231
A- Les instruments de lutte contre les résultats contractuels inéquitables.....	232
B- L’appréciation objective du but assigné au contrat	236
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	240
CONCLUSION DU TITRE DEUXIÈME	242
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	245
DEUXIÈME PARTIE :.....	247
VERS DES OUTILS COMMUNS DE MORALISATION DES CONTRATS D’AFFAIRES EN DROIT FRANÇAIS, SÉNÉGALAIS ET AMÉRICAIN.....	247
TITRE PREMIER : LE DÉPLOIEMENT GLOBALISÉ DE LA COMPLIANCE AU SERVICE DE LA MORALISATION DES CONTRATS D’AFFAIRES.....	249
CHAPITRE 1 : LA RECEPTION DE LA COMPLIANCE POUR MORALISER LES CONTRATS D’AFFAIRES EN DROIT FRANÇAIS	253
SECTION 1 : LES OBLIGATIONS NOUVELLES DES PARTIES AU CONTRAT D’AFFAIRES EN DROIT FRANÇAIS.....	254
<i>Sous-section 1 : L’accentuation de la moralisation des contrats d’affaires par le développement des obligations de prévention et de détection des risques.....</i>	255
A- L’étendue des obligations de prévention et de détection des risques	255
B- Les enjeux des obligations de prévention et de détection des risques	262
<i>Sous-section 2 : L’accentuation de la moralisation des contrats d’affaires par le développement de l’obligation de vigilance</i>	265
A- La consécration de l’obligation de vigilance dans les contrats d’affaires	266
B- L’adoption d’un plan de vigilance dans les contrats d’affaires.....	269
SECTION 2 : LE RENFORCEMENT DES CONTROLES DE CONFORMITE DES CONTRATS D’AFFAIRES EN DROIT FRANÇAIS.....	273
<i>Sous-section 1 : L’appropriation de la gestion des risques de compliance par les acteurs du contrôle des contrats d’affaires en droit français</i>	273
A- La méthode incitative de moralisation des contrats d’affaires employée par les régulateurs	

B- La méthode procédurale inversée de moralisation des contrats d'affaires employée par les magistrats	279
<i>Sous-section 2 : L'efficacité des contrôles des contrats d'affaires en droit français par l'incitation contraignante à la compliance</i>	282
A- La variété des sanctions prononcées	282
B- Le durcissement des sanctions prononcées	287
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	291
CHAPITRE 2 : L'EMERGENCE DE LA <i>COMPLIANCE</i> POUR MORALISER LES CONTRATS D'AFFAIRES EN DROIT SENEGALAIS	293
SECTION 1 : IDENTIFICATION DES PERCEES DE LA <i>COMPLIANCE</i> DANS LES CONTRATS D'AFFAIRES EN DROIT SENEGALAIS	294
<i>Sous-section 1 : Réception légale des exigences de compliance au service de la moralisation des contrats d'affaires en droit sénégalais</i>	294
A- L'encadrement légal du traitement des données personnelles	295
B- L'instauration d'une obligation légale de vigilance dans les institutions financières	300
<i>Sous-section 2 : Réception institutionnelle des exigences de compliance au service de la moralisation des contrats d'affaires en droit sénégalais</i>	307
A- Le recours aux normes internationales et sous-régionales aux fins de réception de la <i>compliance</i> en droit sénégalais	307
B- Le recours aux normes à portée extraterritoriales aux fins de réception de la <i>compliance</i> en droit sénégalais	311
SECTION 2 : PLAIDOYER POUR UN RENFORCEMENT DE LA <i>COMPLIANCE</i> DANS LES CONTRATS D'AFFAIRES EN DROIT SENEGALAIS	315
<i>Sous-section 1 : L'insuffisance manifeste des règles matérielles de compliance dans les contrats d'affaires en droit sénégalais</i>	316
A- La relativité de la logique <i>ex ante</i> dans l'élaboration des règles de <i>compliance</i>	316
B- La relativité de logique <i>ex ante</i> dans le prononcé des sanctions de <i>compliance</i>	320
<i>Sous-section 2 : La restructuration nécessaire des autorités de contrôle des contrats d'affaires en droit sénégalais</i>	323
A- La nécessaire diversification des acteurs de contrôle	324
B- Le nécessaire durcissement des sanctions	327
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	329
CHAPITRE 3 : L'ANCRAGE DE LA <i>COMPLIANCE</i> POUR MORALISER LES CONTRATS D'AFFAIRES EN DROIT AMERICAIN	331
SECTION 1 : LA CONSECRATION D'UN DISPOSITIF DE « <i>SELF-REGULATION</i> » ET DE « <i>CO-REGULATION</i> » EN DROIT AMERICAIN DES CONTRATS D'AFFAIRES	332
<i>Sous-section 1 : La standardisation de la compliance répondant à la moralisation des contrats d'affaires américains</i>	333

A-	La contractualisation des obligations de <i>compliance</i>	334
B-	L'internalisation des normes éthiques en droit américain des contrats d'affaires	339
	<i>Sous-section 2 : La réussite de la moralisation des contrats d'affaires par le rayonnement</i>	
	<i>hégémonique de la compliance américaine</i>	342
A-	L'extra-territorialité des dispositifs de <i>compliance</i> américains	343
B-	L'instauration d'un parquet transnational de contrôle des contrats d'affaires	347
	SECTION 2 : LA STRUCTURATION D'UN DISPOSITIF DE CONTROLE PERFORMANT DES CONTRATS	
	D'AFFAIRES EN DROIT AMERICAIN	350
	<i>Sous-section 1 : La pluralité des acteurs de contrôle des contrats d'affaires américains</i>	351
A-	Les acteurs privés à l'origine des contrôles incitatifs	352
B-	Les autorités de poursuite à l'origine des contrôles contraignants	356
	<i>Sous-section 2 : Les conséquences normatives du contrôle des contrats d'affaires</i>	360
A-	La pluralité des sanctions prononcées	361
B-	La négociation des sanctions recherchée	364
	CONCLUSION DU CHAPITRE 3	368
	CONCLUSION DU TITRE PREMIER	369
	TITRE DEUXIÈME : DES LEVIERS SIMILAIRES POUR UNE RÉDUCTION DES INÉGALITÉS	
	CONTRACTUELLES DANS LES CONTRATS D'AFFAIRES	371
	CHAPITRE 1 : DES INEGALITES CONTRACTUELLES ATTENUÉES PAR LE PRINCIPE D'EQUITE	373
	SECTION 1 : LE PRINCIPE D'EQUITE COMME GARANTIE DE LA FORCE OBLIGATOIRE DES	
	CONTRATS D'AFFAIRES	374
	<i>Sous-section 1 : La reconnaissance juridique partagée du principe d'équité</i>	374
A-	Le constat de l'intégration explicite de l'intérêt légitime du contractant dans les contrats	
	d'affaires français et américains	375
B-	Le constat de l'intégration implicite de l'intérêt légitime du contractant dans les contrats	
	d'affaires sénégalais	380
	<i>Sous-section 2 : La volonté partagée de contrôle de l'équité dans l'ordre juridique contractuel</i>	
		385
A-	Le contrôle unilatéral de l'équité dans l'aménagement contractuel	385
B-	Le contrôle unilatéral de l'équité dans l'exécution contractuelle	391
	SECTION 2 : LE PRINCIPE D'EQUITE COMME CORRECTEUR DES ABUS DE LA VOLONTE	
	INDIVIDUELLE	397
	<i>Sous-section 1 : Le déclin amorcé de la volonté individuelle dans les contrats d'affaires</i>	398
A-	L'empreinte de l'équité en matière de contrôle des clauses abusives	398
B-	L'empreinte de l'équité en matière d'interprétation du contenu contractuel	403
	<i>Sous-section 2 : L'éradication de l'utilisation abusive des pouvoirs contractuels</i>	407
A-	Le contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels	408
B-	Le contrôle de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels	412

CONCLUSION DU CHAPITRE 1	416
CHAPITRE 2 : LA RECHERCHE COMMUNE D'UNE JUSTICE CONTRACTUELLE PROPRE AUX CONTRATS D'AFFAIRES.....	419
SECTION 1 : LE RECOURS HOMOGÈNE À L'ALTRUISME POUR ATTÉNUER LES INÉGALITÉS CONTRACTUELLES	420
<i>Sous-section 1 : Une convergence de la protection de la partie faible dans les contrats d'affaires</i>	421
A- La reconnaissance progressive du statut de contractant faible dans les contrats d'affaires	421
B- La reconnaissance fragile du statut de contractant faible dans les contrats d'affaires	427
<i>Sous-section 2 : Une convergence de la valorisation de la coopération dans les contrats d'affaires</i>	430
A- La coopération et l'intérêt commun des contractants	431
B- La coopération et l'interdépendance des contractants	435
SECTION 2 : L'ESSOR DU CONTRAT RELATIONNEL POUR GARANTIR LE REEQUILIBRAGE DU CONTRAT	440
<i>Sous-section 1 : Contrat relationnel et soutien doctrinal de la théorie de l'imprévision</i>	441
A- Les fondements éthiques de l'admission de la théorie de l'imprévision dans les contrats d'affaires	442
B- Les arguments doctrinaux de l'admission de la théorie de l'imprévision dans les contrats d'affaires	445
<i>Sous-section 2 : Contrat relationnel et consécration légale de la théorie de l'imprévision</i>	451
A- L'intégration de la théorie de l'imprévision en droit positif français	451
B- Le flou dans l'admission de la théorie de l'imprévision en droit positif sénégalais et américain	455
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	461
CONCLUSION DU TITRE DEUXIÈME	462
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE.....	464
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	467