

Horizons du droit

The background features a series of overlapping, organic shapes in shades of blue, white, and teal. A dark blue shape is on the left, a medium blue shape is in the center, and a white shape is on the right. A teal shape is at the bottom right. The overall composition is modern and minimalist.

N°26

Horizons du droit

Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit



Directeur
scientifique

Professeur Jacques Mestre

Agrégé des Facultés de droit, Doyen honoraire de la Faculté de droit et de science politique d'Aix Marseille, Président de l'Association française des docteurs en droit.

Comité
scientifique

Hugo Barbier

Professeur de droit à l'Université d'Aix-Marseille.

Patrick de Fontbressin

Avocat au Barreau de Paris.

Julia Heinich

Professeur de droit à l'Université de Bourgogne (Dijon).

Marie-Eve Pancrazi

Professeur de droit à l'Université d'Aix-Marseille.

Béatrice Parance

Professeur de droit à l'Université de Paris VIII.

Sylvio Quincey

Inspecteur Général de la Banque de France.

Responsable
graphique

Clara Rua

Designer digital en charge de l'illustration de couverture et mise en page de l'édition.

Rédacteur en
chef

Sabrina Dupouy

Maître de conférences à l'Université de Clermont-Auvergne.

→ Les demandes de publications sont à adresser à l'adresse suivante: sabrina.dupouy@uca.fr

Sommaire

Bulletin n° 26 – mai 2021

Page 5 Anniversaire de thèse :

Léa MARION

Page 7 L'influence réciproque entre le droit français et le droit anglais : l'exemple des partenariats public-privé

Claire GIORDANO

Page 16 Le principe de promissory estoppel en common law

Birane NDAW

Page 23 Obligation d'une résolution amiable des litiges (art.750-1 CPC) : la médiation, une solution pertinente pour l'immobilier, la construction et l'urbanisme

David RICHARD

Page 47 La covid-19, l'état du droit et l'Etat de droit

Christian HUGLO

Page 75 La supra-constitutionnalité en droit constitutionnel africain : Etude à partir des limites au pouvoir de révision constitutionnelle

Edouard GNIMPIEBA TONNANG

Page 87 L'intérêt social n'est pas omnipotent

Jacques MESTRE

Page 93 Covid-19 et regain du solidarisme contractuel

Akono Adam RAMSES

Page 150 Le doctorat par la validation des acquis de l'expérience

Michel DI MARTINO

Page 193 Bail commercial : l'indemnité d'éviction est conforme à la Constitution

Paul GAIARDO

Page 202 La résilience du bail à usage professionnel du droit OHADA à l'épreuve du Covid-19

Yannick Serge NKOULOU

Page 213 La fiscalité des influenceurs au Cameroun

Sylvie NGUECHE

Page 220 Les membres de l'AFDD publient :

Xavier AUMERAN, Les transferts des sportifs dans un monde globalisé, éd. LexisNexis

Monique-Aimée MOUTHIEU, Le consommateur des technologies de l'information et de la communication en Afrique noire francophone, éd. Etudes africaines, AUF

Page 230 L'AFDD organise des colloques en distanciel :

Lentour et Droit (Rouen, 8 juin, 9-17h., accessible en distanciel)

Colloque sur la Compliance (10 juin 2021, 17-20h., en distanciel)

Actualités Droits brésilien et français (Sao Paulo, 24 juin, 9-12h., accessible en distanciel)

Page 233 L'interview du mois :

Fanny DESSAINJEAN

LENTEUR & DROIT
COLLOQUE ORGANISE LE MARDI 8 JUIN (9h – 17h)
PAR LA JEUNE RECHERCHE EN DROIT DE ROUEN
EN DISTANCIEL

Sous la codirection scientifique des professeurs Maud LAROCHE et Vincent TCHEN)
(avec le parrainage de l'AFDD)

Inscription gratuite et obligatoire avant le 4 juin pour accéder à la
webconférence auprès de : lenteuredroit.rouen@gmail.com

Trois axes seront développés, au cours de la journée, par une quinzaine de
jeunes chercheurs :

9h-11h. : Les complexités de la lenteur : Prendre le temps de définir

11h00-13h. : Les utilités de la lenteur : Prendre le temps de réhabiliter

14h00-16h30 : Les limites de la lenteur : Prendre le temps d'évaluer

16h30 : Propos conclusifs de Jacques Mestre

LA COMPLIANCE
COLLOQUE ORGANISE LE 10 JUIN 2021
à partir de 17h00

En distanciel via zoom - Avec le soutien de l'AFDD

Organisateurs :

Maxime DIOT, Délégué régional de l'AFJE Hauts de France, Directeur juridique de l'Institut Pasteur

Maxence LAUGIER et Jérôme ATTARD, Maîtres de conférences HDR, Codirecteurs Master Droit de l'entreprise de la Faculté de droit de Douai, Membres du Centre droit éthique et procédures et leurs étudiants du Master 2 Droit de l'entreprise (J. ATTARD est également membre de l'AFDD)

Renseignements : attard.jerome@wanadoo.fr

La compliance peut être définie comme l'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 leur sont applicables. Pouvant résulter de démarches volontaires s'inscrivant dans le cadre d'une responsabilité sociale de l'entreprise, elle est parfois imposée par le législateur.

La loi Sapin2 du 9 décembre 2016 l'a consacrée en obligeant les entreprises qu'elle vise à l'élaboration d'un code de bonne conduite, d'une cartographie des risques, d'un dispositif d'alerte et de procédures de vérification de l'intégrité des clients et fournisseurs de premier rang ainsi que des intermédiaires au regard de la cartographie des risques. La loi 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres impose de son côté, un plan de vigilance visant à identifier les risques et prévenir les atteintes graves envers les droits humains, et les libertés fondamentales, la santé, la sécurité des personnes, ainsi que l'environnement résultant des activités de la société, de celles des sociétés qu'elle contrôle, de l'activité de ses sous-traitants ou de ses fournisseurs.

Programme :

M Hugues Hellio, Directeur du Centre droit éthique et procédures, Mot de bienvenue

Propos introductifs par les étudiants du Master 2 droit de l'entreprise Faculté de droit de Douai.

Mme Magalie Guyot, chargée de sécurité financière à la Banque Populaire du Nord

«La lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme »

Représentants de l'AFJE

« La mise en place de la RSE dans le cadre d'une multinationale développant son activité dans le secteur industriel. »

(séance de questions vers 17h45)

Mme Dimitra Pallantza, Maître de conférences à la Faculté de droit de Douai

« La protection des lanceurs d'alerte »

**M Grégoire Hanquier, Directeur juridique, conformité et affaires publiques
chez Data Legal Drive, Membre de l'AFJE et du Cercle Montesquieu**

« La protection des données personnelles »

(séance de questions vers 18h45)

Observations de clôture de M Jacques Mestre, Président de l'AFDD, Doyen
honoraire de la Faculté de Droit et de science politique de l'Université d'Aix-
Marseille

Colloque de l'Association Française des Docteurs en Droit – Section Brésil

Coordination : Professeur Juliano Barra

Programme :

9h. Mots de bienvenue. Professeur **Jorge Boucinhas**. Coordinateur de l'École formation continue du Barreau de Sao Paulo – OAB/SP

9h10 - L'Association Française des Docteurs en Droit – AFDD. Professeur **Jacques Mestre**

9h20. Table Ronde : Le Doctorat en Droit en France

Juliano Barra – Docteur en Droit à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.
Professeur à l'Université Mackenzie, Sao Paulo.

Camila Duran – Docteur en Droit à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.
Professeur à l'Université de Sao Paulo - USP

Professeur Daniel Damásio – Docteur en Droit à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Professeur à l'Université de l'État de Sao Paulo - UNESP

Maître Fabio Pinto – Docteur en Droit à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas.
Avocat Senior Pinheiro Neto Advogados.

Pause 10h20

Conférences

10h40 – L'entreprise au cœur de la compliance.

Madame Sandie Lacroix-De Sousa. Maître de conférences en droit privé, HDR, Université d'Orléans, Administrateur de l'AFDD, Rédactrice en chef de *Signatures Internationales*.

11h00 - Les grands traits de la réforme française du droit des contrats de 2018.

Professeur Jacques Mestre. Doyen honoraire de la Faculté de droit d'Aix-Marseille, Président de l'Association française des docteurs en droits - AFDD.

11h20. Le critère de qualification de l'acte juridique réceptice

Professeur Gustavo Cerqueira. Professeur à Université de Nîmes. Présidente de la section Amérique latine de la Société de législation comparée – SLC.

11h40. Mots de clôture

Juliano Barra – Docteur en Droit à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Professeur à l'Université Mackenzie, Sao Paulo.

Avec le soutien

Association française des docteurs en droits - AFDD.

Section Amérique latine de la Société de législation comparée – SLC.

Escola Superior da Advocacia – ESA. OAB/SP.

Universidade Presbiteriana Mackenzie. Grupo de Pesquisa Políticas Públicas como instrumento de efetivação da cidadania.

Pour assister au colloque :

- depuis la France : <https://www.youtube.com/user/esaoabsp>
- depuis le Brésil : <https://esaoabsp.edu.br/Curso/7040-evento-01%c2%ba-col%c3%b3quio-da-associacao-francesa-dos-doutores-em-direito-%e2%80%93-afdd.-secao-brasil.-01er-colloque-de-l%e2%80%99association-francaise-des-docteurs-en-droit-afdd.-section-bresil/7040>

Anniversaire de thèse : 10 ans après !

Léa MARION - Avocat à la Cour, Clifford Chance LLP

- "Une fête ?"

- "Non, mieux : une chronique", me répondit Sandie Lacroix-de Sousa, "destinée à faire profiter la jeune génération de ton retour d'expérience !"

L'invitation était séduisante, je l'acceptais avec enthousiasme. Puis, vint le temps de la réflexion : comment faire profiter la jeune génération de mon expérience ? Quels enseignements tirer de mon doctorat ? Quels conseils pourrais-je donner, moi qui me suis éloignée du milieu universitaire, l'encre de ma thèse à peine sèche ? Alors que je m'abandonnais à ces observations, l'œil parfois distrait du thésard encore enfoui en moi a vu apparaître sur une page LinkedIn un message annonçant la parution du n°25 de la revue de l'AFDD et l'article d'Arnaud Latil "*qui, pour fêter ses 10 ans de thèse sur "Création et droits fondamentaux", nous livre un texte frais, drôle et poignant sur ses années de doctorat*". Par la magie d'un clic gauche, je découvrais le témoignage d'un doctorant qui trouva auprès de "*l'aréopage des habitués*" de la salle O de la Bibliothèque Nationale de France la force nécessaire à l'achèvement de sa thèse. Cette communion entre chercheurs, dans l'atmosphère mystique de la BNF, est assez éloignée de l'expérience que j'ai vécue, à quelques encablures de là, entre le boulevard Saint-Marcel et le Jardin de Plantes où pour m'aider à trier mes idées, je courais. Pour moi, la thèse a été une aventure solitaire, une course de fond que j'ai menée seule, sous les encouragements permanents et bienveillants de ma directrice de thèse, Madame le Professeur Marie-Elodie Ancel, de mon époux, de ma famille et de mes amis ; je n'ai jamais réussi à partager mon travail avec d'autres doctorants, à me nourrir de leurs réflexions, à échanger sur mes idées. A la lecture du témoignage d'Arnaud Latil, je m'interroge : et si finalement c'était ce mode de travail qui m'avait détournée de la carrière universitaire pour me conduire à embrasser avec enthousiasme la vie trépidante d'un cabinet d'avocats d'affaires ? Peut-être. Mais ces travaux n'ont pas été vains. Outre le

plaisir que j'ai éprouvé à réfléchir à l'appréhension par le droit international privé des sociétés étrangères en France, ils m'ont apporté la confiance indéfectible de ce que, quelle qu'en soit la difficulté, je parviendrai à bout de chacune des tâches qui pourrait m'être confiée. Aussi, dix ans après avoir soutenu ma thèse, c'est en évoquant les grandes lignes de mon parcours que j'aimerais "*faire profiter la jeune génération de [m]on retour d'expérience*".

Retour aux sources. – Il y a des moments privilégiés, de ceux qui construisent une vie, de ceux dont naît une amitié. Ma rencontre avec le Professeur Marie-Elodie Ancel en fait partie. En rentrant en quatrième année de droit, mon projet professionnel semblait établi : le droit des sociétés m'avait séduite, le stage que j'avais effectué durant l'été dans un cabinet d'avocats d'affaires avait confirmé cette appétence, je me dirigeais vers l'avocature et le conseil. C'était sans compter la découverte de son cours de droit international privé sur les bancs de l'amphithéâtre Michel de l'Hospital à Clermont-Ferrand. Savigny, Batiffol, le renvoi, le double renvoi, les lois de police, l'exception d'ordre public international..., j'écoutais, captivée, le Professeur exposer ces raisonnements à la logique implacable, illustrés par des exemples jurisprudentiels savoureux. Les fondamentaux étaient posés, ma passion pour la matière se dessinait. Aussi, l'année suivante, je sollicitais le Professeur Marie-Elodie Ancel – fraîchement mutée à l'UPEC – pour qu'elle dirigeât mon mémoire que je souhaitais réaliser au carrefour du droit des sociétés et du droit international privé (mon mémoire fut ainsi consacré aux lois de police affectant la vie des sociétés commerciales). J'éprouvais un vif intérêt à approfondir les mécanismes de droit international privé, à mesurer les impacts de ceux-ci sur la pratique et à écouter les conseils et réflexions de ma directrice de recherche. Aussi, quant à la fin de l'année, je pus obtenir un contrat d'allocataire de recherche, mon projet vers l'avocature fut mis de côté et je m'engageais dans la thèse, sous la direction du Professeur Marie-Elodie Ancel que je rejoignais à l'UPEC.

La page blanche. – En me replongeant dans ces années de thèse, je repense avec une certaine nostalgie aux rendez-vous donnés par ma directrice de thèse au Petit Bar lorsque je l'appelais à l'aide, aux rencontres inspirantes que j'ai faites à l'UPEC, notamment avec Fabrice Gréau, qui me confia des travaux dirigés en droit des entreprises en difficulté, et avec Maria Lopez de Tejada avec laquelle je donnais des travaux dirigés en droit international privé. Je retrouve l'odeur des réserves de Cujas, la mélodie des sonates pour violoncelle de Bach, la lumière du Jardin des Plantes à l'aube... Mais, une fois passée cette nostalgie, ce sont ces heures passées face à l'écran, à écrire et réécrire la même phrase, alors que se devinaient parfois en fond les rires de la famille réunie autour du déjeuner dominical ou que pouvait résonner le silence monacal de la maison de vacances une fois ses résidents partis à la plage qui me reviennent. Le syndrome de la page blanche paralyse la pensée et impacte la confiance en soi. Pour le dépasser, il m'avait été conseillé d'écrire pour écrire, sans relire, sans censure, pour libérer l'écriture ; d'écrire tous les jours pour entraîner son esprit, comme le sportif entraîne son corps. Je le concède, je n'ai pas écrit tous les jours. En revanche, tous les jours, j'ai pensé à ma thèse – à tout le moins parce que je culpabilisais de ne pas avoir travaillé – et, peu à peu, les idées, les arguments se sont mis en place et l'écriture est devenue plus fluide.

L'écriture. – Paradoxalement, ce mouvement vers l'écriture s'est enclenché alors même que je m'éloignais de ma thèse. Tout a commencé lorsque, à quelques mois de la fin de mon contrat d'allocataire-moniteur, alors que j'exprimais des doutes sur mon souhait de poursuivre sur la voie universitaire, le Professeur Marie-Elodie Ancel me proposa de rejoindre le tout nouveau D.U. de Contentieux international des affaires qu'elle venait de créer. Ce diplôme me permit de découvrir les multiples facettes du contentieux international des affaires au côté d'universitaires et de praticiens passionnés et passionnants, parmi lesquels Emmanuel Gaillard dont je salue ici la mémoire. Cette découverte m'enchantait et c'est avec un immense plaisir, qu'à l'issue de l'année, j'acceptais un stage au sein

de l'équipe *Litigation & Dispute Resolution* du cabinet *Clifford Chance* que venaient de me proposer deux intervenantes du D.U., alors membres de l'équipe, Anne Reynaud et Laurence Wynaendts. J'y découvris un nouvel univers, constitué de dossiers aux enjeux colossaux et de questions juridiques ardues, mais dans lequel je retrouvais les réflexes du chercheur, car c'est bien dans l'habileté à raisonner que l'on trouve des solutions. J'y passais des mois extrêmement épanouissants. Puis, tout s'enchaîna : un deuxième stage dans ce cabinet, un stage auprès des services contentieux de la banque Oddo, un dernier au sein de la branche Exploration & Production de Total. Durant ces stages, le temps effectivement consacré à ma thèse s'est trouvé considérablement réduit. Toutefois, loin de rompre le lien avec elle, ces expériences m'ont donné l'énergie nécessaire à sa finalisation. Le manque de temps a fait naître un sentiment d'urgence à écrire qui a permis de dépasser l'angoisse de la page blanche. Une fois le mouvement enclenché, j'ai travaillé sans relâche, les soirs, les nuits, les week-ends, sans aucune forme de conscience du monde extérieur, heureuse de voir, pierre après pierre, l'œuvre se construire - j'ai découvert récemment sous la plume de Marina Bourgeois-Bertrel, rencontrée lors de mes années de thèse, que cet état mental, ce "flow", avait été défini et théorisé par un psychologue hongrois (Mihaly Csikszentmihalyi, *Mieux vivre en maîtrisant votre énergie psychique*, Robert Laffont, 2005). Et c'est avec une grande sérénité que j'abordais ma soutenance, le 18 décembre 2011, devant un jury composé de ma directrice de thèse et des Professeurs George Khairallah, Didier Poracchia et Nicolas Mathey.

L'après-thèse. – Le 2 janvier 2012, je rejoignais l'équipe *Litigation & Dispute Resolution* du cabinet *Clifford Chance*, comme juriste salarié d'abord (dans l'attente de mon CAPA que je préparais en cours du soir) puis comme avocat. Mon quotidien est désormais constitué de dossiers allant du recouvrement de créances aux procédures en annulation de sentences arbitrales, des mesures conservatoires aux voies d'exécution, du droit de la distribution au droit bancaire

et financier. Dans la très grande majorité des cas, soit en raison du lieu du siège des parties, soit en raison du lieu d'exécution du contrat ou de réalisation du dommage, vient s'ajouter un élément d'extranéité qui permet d'alimenter l'analyse stratégique et de réjouir l'internationaliste que je suis restée. Dans ce quotidien, ce n'est pas à l'objet de mes recherches, les sociétés étrangères, que je dois le plus. Une fois ou deux, dans les années qui ont suivi, il m'est arrivé d'écrire sur le sujet. Il m'est également arrivé à plusieurs reprises d'assister l'équipe *Corporate* sur des dossiers de fusions transfrontières ou de transferts de sièges sociaux mais cette compétence est presque accessoire. Ce que je dois à ma thèse, c'est une forte résilience, une capacité à surmonter l'apparente difficulté des choses pour en revenir aux principes essentiels, à douter, à remettre l'ouvrage sur le métier pour s'assurer de la justesse du raisonnement. Ces acquis constituent un socle précieux pour construire sereinement une carrière professionnelle. Je souhaite à chacun des doctorants lisant cette revue de s'en convaincre.

Le concept de « promissory estoppel » développé en Common Law

Birane NDAW- Doctorant en cotutelle –
Université d'Orléans et Université Cheikh Anta Diop de Dakar

Selon Socrate : « dans l'état de nature, l'homme est libre de dire et de se dédire »¹. Le lien social se construit par les engagements que les Hommes se font ; les Hommes ont cette aptitude naturelle à promettre, à s'engager et à se désengager². En Droit, l'engagement est plus encadré et le désengagement, moins naturel. L'engagement peut notamment être formalisé par la promesse à laquelle le droit des contrats accorde une place essentielle (article 1124 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016). La rétractation de la promesse est d'ailleurs difficile à admettre en ce qu'elle crée une situation injuste, portant préjudice à la partie qui a légitimement fait confiance et cru à la promesse³ ; le proverbe français ne retient-il pas d'ailleurs, de manière parfaitement explicite : « chose promise, chose due » ?

D'origine anglo-saxonne comme sa dénomination le laisse présumer, la théorie de « *promissory estoppel* » a été illustrée par Karl Llewellyn de l'École de la pensée réaliste. Cette dernière est à l'origine du premier *Restatement of the Law of Contracts* de 1932⁴. À l'origine, ce principe général en matière contractuelle ou précontractuelle avait pour champ d'application les promesses familiales puis il a été étendu à certains contrats commerciaux, notamment les contrats de franchise. Il n'existe pas vraiment d'équivalent du terme de « *promissory estoppel* » en langue française. Toutefois, conformément à l'usage, on considère traditionnellement que la notion renvoie à l'interdiction faite à l'auteur d'une

¹ 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.

² BOYER (A.), *Chose promise, Étude sur la promesse, à partir de Hobbes et quelques autres*, PUF, Léviathan, 2014, p. 1.

³ Sur la rétractation de la promesse, v. N. MOLFESSIS, « Rétractation et liberté contractuelle », *JCP G* 2020, n°20, p. 738.

⁴ TALLON (D.) et HARRIS (D.) (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.

promesse de revenir sur sa parole lorsque celle-ci a créé une confiance légitime chez son bénéficiaire.

À travers la théorie de « *promissory estoppel* », le système juridique de la *Common Law* tente de répondre à la question de la protection de la croyance légitime qui découle d'une promesse ou d'un contrat. Ce n'est pas l'intention de l'auteur de la promesse qui est ici pris en considération, mais plutôt la perception et l'entendu de la croyance que l'engagement a suscité⁵. Pour la mise en œuvre du concept de « *promissory estoppel* », la doctrine de l'*estoppel*⁶ prend en considération deux facteurs déterminants : d'une part, la contradiction de l'auteur de l'engagement soumis à l'*estoppel* et d'autre part, la croyance légitime accordée à l'auteur de l'engagement par la partie qui invoque l'*estoppel*. Selon cette école de pensée, l'obligation contractuelle doit avoir pour fondement, l'obligation morale de respecter sa promesse.

Cette approche est cependant loin de faire l'unanimité et l'on peut raisonnablement s'interroger sur les contours, les limites et le rayonnement du concept de « *promissory estoppel* ». En explorant le système juridique de la *Common Law*, on découvre que divers mécanismes sont mis en place afin que le concept de « *promissory estoppel* » puisse produire tous les effets escomptés et garantir au bénéficiaire de l'*estoppel* une promesse obligatoire. La présente étude propose de revenir, dans un premier temps, sur la manifestation du principe dans les deux systèmes juridiques de référence - anglais et américain - (I), puis de s'interroger, dans un deuxième temps, sur les effets du concept de « *promissory estoppel* » sur les conditions de formation du contrat (II), et dans

⁵ MUIR WATT (H.), *Reliance et définition du contrat*, Perspectives du droit économique, dialogues avec Michel Jeantin, 1999.

⁶ 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.

un troisième temps, d'envisager la question de son influence en droit français (III).

I. La protection de la confiance légitime par le concept de promissory estoppel dans les pays de Common Law

La notion de « promissory estoppel » : origines et objectifs. Définie 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 »⁷, l'estoppel a très tôt retenu l'attention de la doctrine. Il prend racine aux États-Unis dans le *Restatement of Contracts*, publié en 1932. Il a ensuite été consacré lors du *Second Restatement of Contracts*. Cette consécration a permis de réduire l'importance de la *considération* et d'introduire la notion de « *promissory estoppel* » qui permet de sanctionner la violation d'une promesse qui aurait suscité une confiance légitime.

Les juges, initialement très attachés à la *considération*, n'ont pas résisté à l'influence de la doctrine du « *promissory estoppel* ». La théorie de la *considération* a été controversée⁸ ; elle a été introduite par la juridiction de l'*équity* puis reprise aux États-Unis par le premier *Restatement* et le *Second Restatement*⁹. Selon l'*American restatement of contracts*, la notion de *considération* désigne la contrepartie donnée en échange de la promesse¹⁰. Cette définition a été complétée par le *Second restatement* que l'on retrouve

⁷ *Black's Law Dictionary*, Bryan A. Garner, 8e éd., 2004.

⁸ CHESCHIRE, FIFOOT et FURMONSTON'S, « The history of consideration is controversial », *Law of contract*, London Butterworths, 1986, p. 8 : « La question de savoir si la doctrine de la considération était un produit autochtone, ou si elle était en partie dérivée de la doctrine de la cause de promesse du droit canonique ou civil, a longtemps fait l'objet de controverses, et on ne peut pas dire que son pedigree ait été expliqué de manière pleinement satisfaisante ».

⁹ Les *Restatements* sont des codifications privées qui jouissent d'une grande autorité et dont l'objectif est d'unifier le droit américain des contrats.

¹⁰ *First restatement of contracts*: Consideration is something bargained for and given in return for the promise.

dans l'arrêt *Currie v Misa*¹¹. Le juge y définit la *considération* comme suit : « un droit, intérêt, profit ou avantage obtenu par une partie ou l'abstention, désavantage, perte, responsabilité subie ou entreprise par l'autre partie ».

Le concept de « *promissory estoppel* » joue le rôle d'une exception pour subroger à la *considération* et rendre obligatoire une promesse qui a fait naître une croyance légitime ; même si elle a été consentie sans contrepartie apparente. L'article 90 du *Second Restatement* la définit de la manière suivante : « 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 »¹². 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 rétablir le bénéficiaire dans ses droits afin d'éviter l'injustice.

Le concept de « *promissory estoppel* » s'impose ainsi comme une illustration de l'obligation de loyauté qui interdit à l'auteur de la promesse de soutenir un moyen qui serait contraire à ses prétentions antérieures. C'est donc un « *mécanisme purement défensif, enraciné dans l'équité et tendant à la moralisation des comportements processuels* »¹³. La rupture brutale sans motif légitime de longues négociations constitue un exemple de contradiction. En effet, les négociations qui s'étalent dans le temps expriment une intention de contracter. La renonciation apparaît dès lors incohérente.

¹¹ *Currie v Misa* (1874) LR 10 Ex 153.

¹² 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.

¹³ HILLET (O.) et JOBARD-BACHELIER (M.-N), *Les applications d principe en droit du contentieux interne et international*, actes du colloque Université Paris V, 13 janvier 2000, Économisa, 2001.

En droit anglais, c'est même dès le XIX^e siècle, avec l'arrêt *Hughes v. Metropolitan Railway*¹⁴ que le concept de « *promissory estoppel* » trouve une consécration. Il faut attendre 1947 pour voir la théorie prendre son impulsion, dans la décision *High Trees House*¹⁵ à l'occasion de laquelle le juge Lord Denning développe plus largement la notion. À l'occasion de cet arrêt, le juge expose les conditions d'application du principe. 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. Le critère principal ne repose pas toutefois 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. La théorie de « *promissory estoppel* » apparaît ainsi comme un moyen de défense mis à la disposition de la partie qui se sentirait lésée par le comportement incohérent de l'auteur de la promesse.

Distinction du concept de « *promissory estoppel* » en droit américain et en droit anglais. Si le concept de « *promissory estoppel* » tire sa source de l'*Equity* aussi bien en droit anglais qu'en droit américain, il convient de souligner que son régime diffère, sur un certain nombre de points, dans les deux systèmes juridiques. Contrairement au droit anglais où le « *promissory estoppel* » est utilisé uniquement par voie d'exception ; en droit américain, il peut non seulement être utilisé par voie d'exception, mais également par voie d'action. En droit américain, le bénéficiaire qui a subi un préjudice à la suite de la confiance qu'il avait placée dans la promesse non tenue peut agir en justice, par voie d'action, sur le fondement du « *promissory estoppel* », pour demander la réparation du dommage sous forme de dommages et intérêts ou d'exécution forcée en

¹⁴ *Hughes v. Metropolitan Railway Co* (1877) 2 App. Cas 439.

¹⁵ *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.* »

nature¹⁶. La difficulté réside alors pour le juge dans la fixation du montant des réparations pécuniaires et dans l'évaluation du préjudice subi. Pour faire face à cette difficulté, le juge américain se fonde sur la *reliance*¹⁷, c'est-à-dire le comportement du bénéficiaire de la promesse. Par exemple, si le bénéficiaire de la promesse par la *reliance* a réalisé des dépenses, le juge peut limiter le montant des dommages et intérêts aux seules dépenses réalisées qui en résultent. C'est donc notamment à travers ce concept de *reliance* que le droit américain se distingue du droit anglais.

II. La configuration des conditions de formation du contrat en common law par le concept de « promissory estoppel »

L'exigence d'une *considération* implique que la promesse est valable seulement s'il existe une contrepartie qui engage le promettant. Mais aujourd'hui, avec les diverses mutations économiques, technologiques et sociales, la doctrine de la *considération* s'est assouplie. La théorie de « *promissory estoppel* » permet précisément de maintenir l'offre et de lui conférer un caractère irrévocable - en l'absence de *considération* - lorsque l'auteur de la promesse a fait naître chez son bénéficiaire une croyance raisonnablement fondée. C'est l'hypothèse de l'affaire *Drennan v. Star Paving Co*¹⁸. Dans cette décision, un entrepreneur répond à un appel d'offre du gouvernement et soumet une offre au maître d'œuvre qui

¹⁶ BECKERT (M.-E.) et BARNETT (R.-E.), "Beyond Reliance : Promissory Estoppel, Contract Formalities, and Misrepresentations" (1987) 15 Hofstra LR 443, 445. Dans l'affaire *Ricketts v Scothorn* (*Ricketts v Scothorn*, 1898), « le demandeur, *Scothorn* reçoit de son grand père une offre par écrit d'une somme d'argent importante. Le grand-père lui dit qu'aucun de ses autres petits-fils ne travaille et qu'il n'a pas besoin son travail. Le demandeur démissionne de son travail sur la foi de la promesse. Toutefois, lorsque le grand-père décède, l'exécuteur testamentaire refuse d'honorer la promesse. La Cour juge qu'il n'y a pas de *consideration*, mais décide que le demandeur peut obtenir l'exécution forcée de la promesse car elle a modifié sa position à son détriment sur la foi de la promesse de son grand-père ».

¹⁷ MUIR-WATT (H.), « *Reliance et définition du contrat* », in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1998, p. 57 et 64 ; *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la direction de Tallon (D.) et Harris (D.), LGDJ, 1987, p. 57 et s., spéc. p. 60 et s.

¹⁸ *Drennan v Star Paving Co*, 51 Cal. 2d 409, 333 P.2d 757 (SCCal. 1958).

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 l'entrepreneur à chercher un autre sous-traitant. L'entrepreneur intente une action en justice pour inexécution du contrat. Il obtient gain de cause et la Cour Suprême de Californie lui accorde des dommages-intérêts, sur le fondement du « *promissory estoppel* ». L'incohérence du comportement de l'auteur de l'offre justifie l'irrévocabilité de l'offre. Le « *promissory estoppel* » constitue donc plus largement un moyen qui permet de soumettre les partenaires au devoir de bonne foi en respectant les engagements pris lors de la phase précontractuelle. Même s'il n'existe pas *de lege lata*, en droit anglais, de devoir général de bonne foi¹⁹, dans des cas déterminés, les comportements injustes et inéquitables sont sanctionnés.

Le recours exprès à la règle de « *promissory estoppel* » est un mécanisme permettant d'assouplir les règles trop rigides du droit des contrats en *Common Law*. En effet, contrairement au droit français dans lequel le contrat peut se former par le simple échange de consentements sur le fondement du principe du consensualisme²⁰, en *Common Law* le contrat n'existe qu'en présence d'une *considération*. Le choix de ce mécanisme d'usage du « *promissory estoppel* », par voie d'exception et par voie d'action, révèle ainsi la volonté du législateur de

¹⁹ AUBERT DE VINCELLES (C.), « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », in F. TERRE (dir), *Pour une réforme du droit des contrats Dalloz*, p. 113. ; J.-C. RODA, « La réforme des contrats, la bonne foi et le droit anglais », *RLDC* 1^{er} oct. 2016, n° 7.

²⁰ DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, Partie 1, Liv. 1, l, l, 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 PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français, op. cit.*, t. VI, 2e éd., p. 100, n° 95, note 2 ; FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), *Droit civil – Les obligations, op. cit.*, t. I, 7e éd., p. 215, n° 309.

rendre plus efficace ce mécanisme et d'offrir à la partie lésée une meilleure protection de ses droits. Ceci dans l'optique de pallier l'insécurité juridique qui résulte des négociations précontractuelles lorsqu'on sait que les systèmes de *Common Law* n'accordent pas de force obligatoire aux accords qui ont été pris lors de ces phases précontractuelles²¹.

Le concept de « *promissory estoppel* » joue ici un rôle non négligeable en vue de prévenir les abus dans les relations économiques de dépendance. Il contribue en quelque sorte à une moralisation des relations d'interdépendance économique. Par le biais de valeurs fondamentales telles que la notion de raisonnable, de coopération, d'intérêt commun des parties, il permet de tracer une ligne de conduite et de comportement aux contractants. En ce sens, il configure les conditions de formation du contrat et limite le principe de la liberté contractuelle auquel la *Common Law* s'est longtemps attachée.

Cette étude ne peut être achevée sans envisager l'influence du concept de « *promissory estoppel* » en droit français. Le principe a en effet emprunté une dynamique d'expansion et se retrouve bien au-delà des systèmes juridiques de *Common Law*.

III. La réception expresse du concept de « *promissory estoppel* » dans l'ordre juridique français

Les instruments juridiques issus des systèmes de *Common law* n'ont pas manqué d'influencer l'ordre juridique français et plus particulièrement le droit des contrats. En effet, le concept de *l'estoppel* a été expressément utilisé par les juridictions françaises et, précisément, par la Cour de cassation, dans l'arrêt *Golshani* du 6 juillet 2005²² relatif à un litige concernant une procédure

²¹ ZECEVIC (S.), « Le contrat de common law forces et faiblesses », *JCP N* 2004, n° 38, p.3.

²² Cass.1^{ère} civ., 6 juillet 2005, *JCP G* 2005, I, 179, note J. Ortscheidt, *D.* 2006, p. 1424, note E. Agostini, *D.* 2005, pan., p. 3050, obs. Th. Clay, *Gaz. Pal.* 24-25 févr. 2006, note F.-X. Train.

d'arbitrage. Les Hauts magistrats ont décidé, dans cet arrêt, que « *la partie qui a formé une demande d'arbitrage et a participé sans aucune réserve pendant plus de 9 ans à la procédure arbitrale est irrecevable en vertu de la règle de l'estoppel à soutenir que le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou par une convention nulle* ». La Cour de cassation reprend également ce principe, dans sa décision du 15 mars 2018²³, en retenant que : « *la fin de non-recevoir tirée du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui sanctionne l'attitude procédurale consistant pour une partie, au cours d'une même instance, à adopter des positions contraires ou incompatibles entre elles dans des conditions qui induisent en erreur son adversaire sur ses intentions* ».

Le principe de « *promissory estoppel* » se fait ainsi progressivement sa place dans la jurisprudence judiciaire française. Et le principe ne doit pas être confondu avec la bonne foi de l'article 1104 du Code civil. La bonne foi a un champ d'application bien plus élargi ; elle impose, de manière plus vaste, un comportement loyal et coopératif dans les phases de négociation, de formation et d'exécution du contrat. Le concept de « *promissory estoppel* » sanctionne, quant à lui, l'incohérence de l'auteur de la promesse de mauvaise foi. Certes, la protection de la confiance légitime en droit français passe par le biais de la bonne foi, de l'abus, de la fraude ; comme le remarque le Professeur Bénédicte Fauvarque-Cosson : « *l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui pourrait être un sous-principe du principe de bonne foi* »²⁴. Le concept de « *promissory estoppel* » en droit français, au-delà de l'exigence de bonne foi s'inscrit comme un principe de régulation du comportement des contractants²⁵.

²³ Cass. 2^{ème} civ., 15 mars 2018, n° 17-21.991.

²⁴ FAUVARQUE-COSSON (B.), « L'estoppel du droit anglais », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001, p. 3.

²⁵ EDEL (V.), « Faut-il introduire un principe de confiance dans le Livre III du titre III du code civil ? », in Benabou (V.-L.) et Chagny (M.) (dir), *La confiance en droit privé des contrats*, colloque du 22 juin 2007 organisé par l'Université de Versailles, Dalloz, 2008, p. 141.

Il répond donc à une logique différente, car il permet de protéger la confiance légitime suscitée par la parole donnée par l'auteur de la promesse sans pour autant qu'il y ait besoin d'établir sa mauvaise foi.

Mécanisme de garantie de protection de la confiance légitime, le concept de « *promissory estoppel* », a vu son champ d'application s'étendre progressivement. La *Common Law* l'a développé comme une sorte de bouclier pour sanctionner la contradiction au détriment d'autrui en mettant au point un régime juridique autonome et unifié. Même si la théorie de *promissory estoppel* n'existe pas formellement en tant que principe du droit des contrats français, on retrouve son esprit dans plusieurs décisions. De manière subtile, les juridictions l'intègrent au paysage français et c'est ainsi par petites touches successives qu'un jour peut-être sa consécration formelle aboutira.

**Obligation d'une résolution amiable
des litiges (Art. 750-1 CPC) : la
médiation, une solution pertinente
pour l'immobilier,
la construction et l'urbanisme**

David RICHARD - Avocat au Barreau de Paris - Docteur en droit

Abstract :

Depuis quelque temps maintenant, une ère nouvelle paraît s'ouvrir pour les modes alternatifs de règlement des différends (MARD). L'obligation récente d'une tentative de résolution amiable figurant à l'article 750-1 CPC atteste de cette évolution, même si certains aspects de la disposition restent à préciser. Dans cet environnement, de nombreuses solutions s'offrent aux parties en quête de résoudre un différend à l'amiable. La médiation est l'une des voies envisageables et ses avantages sont nombreux, notamment sur le champ de l'immobilier, la construction et l'urbanisme.

Prima facie, les modes alternatifs de règlement des différends (MARD) font partie intégrante du monde judiciaire. Les réticences passées²⁶, entre justice formelle et informelle, paraissent dépassées.

Même en France, pays de Descartes, la rationalisation exclusive de la justice a cédé le pas à une perspective plus diverse, suivant en cela l'exemple des pays anglo-saxons précurseurs en la matière, notamment en raison d'une organisation administrative et sociale moins centralisée²⁷. Bien entendu, des efforts, y compris culturels, restent à accomplir²⁸.

Néanmoins, d'une certaine façon, la fin progressive de l'approche unitaire et moniste à la française du conflit se traduit par l'ouverture sur une multitude de solutions, tant la résolution amiable offre des possibilités diverses et variées. L'offre actuelle a même de quoi impressionner ; pour s'en tenir aux modes les plus répandus, on peut citer la transaction, la procédure participative et bien entendu le trio : conciliation, arbitrage et médiation.

Comparer ces solutions n'a rien d'aisé, et en pratique une certaine confusion peut apparaître. Il semble néanmoins que les qualités de la médiation sont régulièrement mises en avant, notamment à l'aune de la crise sanitaire que nous traversons²⁹. De même, certains auteurs considèrent qu'elle est appelée à

²⁶ À propos de la médiation voir, F. Creux-Thomas, « *La médiation : opportunité ou « gadget » ?* », JCP n° 51, 14 Décembre 2009, 558.

²⁷ J.-P. Bonafé-Schmitt, « *La part et le rôle joués par les modes informels de règlement des litiges dans le développement d'un pluralisme judiciaire (Étude comparative France-USA)* », Droit et Société Année 1987 6 pp. 263-283.

²⁸ T. Coustetle, « *Médiation : et si les réticences étaient culturelles ?* », Dalloz Actualité, 16 juillet 2018

²⁹ C. Lapp et F. Muller, « *L'option MARD renforcée par la crise du covid-19 ? Comment la dématérialisation et l'oralité préservent leur continuité et le lien avec le justiciable* », D. actu., 29 mai 2020.

supplanter l'arbitrage, au moins dans certaines affaires d'envergure internationale³⁰.

Il est vrai que la souplesse et la confidentialité inhérentes au processus représentent de vrais atouts. Il s'agit aussi sans doute de la solution de résolution amiable des différends la plus déjudiciarisée, reposant avant tout sur les parties.

La médiation³¹ et plus généralement les MARD sont d'ores et déjà très usités dans les domaines de l'immobilier, la construction et l'urbanisme (I). La réforme de la procédure entrée en application en janvier de l'an dernier, rendant obligatoire dans certains cas une tentative de résolution amiable (II), pourrait donner une nouvelle occasion de tester la pertinence de la médiation dans ces matières (III).

I. Le recours au MARD dans le domaine de l'immobilier, la construction et l'urbanisme

Les mécanismes dédiés : la conciliation concernant les baux d'habitation et commerciaux. Sur le champ de l'immobilier, la conciliation a fait ses preuves. Elle est utilisée depuis longtemps maintenant dans le domaine de la gestion locative. En matière de baux d'habitation, l'article 20 de la loi de 1989 prévoit la création d'une commission départementale de conciliation départementale³², à la compétence large. La saisine de cette commission est néanmoins facultative, à l'exception de certains litiges relatifs au loyer³³. Les locations régies par le bail mobilité sont par ailleurs exclues du champ d'application des commissions de conciliation.

³⁰ Mediation of Investor-State Conflicts Jun 20, 2014, 127 Harv. L. Rev. 2543.

³¹ C. Trebaol, « *La médiation dans l'immobilier... pourquoi ? Comment ?* », Pratiques et Ingénierie Immobilière n° 4, Octobre 2019, dossier 24

³² Décret n°2001-653 du 19 juillet 2001 pris pour l'application de l'article 20 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 modifiée et relatif aux commissions départementales de conciliation.

³³ Complément du loyer (art. 17 L89), aux augmentations du loyer lors du renouvellement du bail dans les zones non tendues (art. 17-2, II L89), encadrement des loyers (art. 18, II L89).

De même, en matière de baux commerciaux, une commission analogue existe³⁴. Elle vise au traitement amiable des différends liés à la fixation du loyer du bail renouvelé, la révision du loyer en cours de bail, les charges et réparations locatives³⁵. Le champ d'application de cette commission est donc large, mais certains biens sont exclus du dispositif, et la saisine de la commission est toujours facultative.

Les mécanismes de droit commun mobilisables sur le champ de l'immobilier et de la construction. En présence d'un différend se rapportant à un marché public de travaux, les parties concernées peuvent se tourner vers les comités consultatifs locaux de règlement amiable des différends relatifs aux marchés publics (CCRA)³⁶.

Par ailleurs, les articles L.611-1 et suivants du code de la consommation prévoient l'obligation pour les professionnels de mettre en place un dispositif de médiation de la consommation gratuit au profit des consommateurs. Cette obligation s'impose donc aux agents immobiliers, syndics, entrepreneurs de travaux, constructeurs de maisons individuelles, aménageurs ou encore aux promoteurs.

Les clauses de résolution amiable des différends. En dehors des mécanismes trouvant leur source dans un dispositif légal, les parties à une opération immobilière peuvent prévoir la faculté ou l'obligation de la mise en place d'un arbitrage ou d'une médiation, pour ne citer que ces deux exemples.

Cette option est prévue, par exemple, par la norme NFP 03.001 sur les marchés de travaux privés, et il en va de même pour les marchés publics de travaux³⁷. La digitalisation du secteur de l'immobilier et dans l'industrie de la construction au

³⁴ Article L. 145-35 du Code de commerce.

³⁵ Articles L. 145-34 et L. 145-38 du Code de commerce.

³⁶ Voir Article R. 2197-3 du code de la commande publique et arrêté du 22 mars 2019 relatif aux comités consultatifs locaux de règlement amiable des différends relatifs aux marchés publics.

³⁷ Voir article 35 nouveau CCAG MOE et 55 nouveau CCAG travaux arrêté du 30 mars 2021.

travers du BIM militent clairement pour le développement de solutions alternatives à la justice formelle. Les deux tendances peuvent même se nourrir mutuellement, sous réserve d'y travailler³⁸.

II. La tentative préalable de règlement amiable du différend obligatoire de l'article 750-1 du CPC

Résolution amiable préalable obligatoire et réforme de la procédure de janvier 2000. Avec le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 portant réforme de la procédure civile, les MARD franchissent clairement un cap en devenant obligatoire³⁹. Auparavant, la question était réglée par l'article 56 du code de procédure civile suivant sa rédaction de 2015⁴⁰. La disposition prévoyait, sauf exception, l'obligation pour toutes les assignations relevant du contentieux civil de préciser « ... les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige. ». L'orientation du législateur était claire. Seul inconvénient de taille, aucune sanction n'était prévue pour le non-respect de cette exigence. Il en résultait un contentieux procédural systémique assez stérile, ce qui pouvait paraître surprenant pour une disposition de nature préventive.

Un préalable obligatoire mais possédant un champ d'application plus réduit. Contrairement à la situation précédant l'entrée en vigueur de la réforme de la procédure civile d'une portée finalement non contraignante, l'article 750-1 du CPC indique : « A peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la demande en justice doit être précédée, au choix des parties, d'une tentative de

³⁸ D. Richard, « *Digitalisation of construction in France: a path to develop and improve mediation* », Horizons du droit N°15, mai 2020, p. 30

³⁹ G. Maugain, « *Réforme de la procédure civile : cas de recours préalable obligatoire aux modes de résolution amiable des différends* », Dalloz Actualité, 16 décembre 2019.

⁴⁰ Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, article 18.

conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative ».

Toutefois, l'obligation d'une telle démarche concerne les actions introduites seulement devant le tribunal judiciaire, tendant au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros ou relatives à un bornage, à la distance pour les plantations ou l'élagage d'arbres ou de haies, la distance de certaines constructions⁴¹, au curage des fossés et canaux, à certaines servitudes ou à la contestation de servitudes établies au profit des associations syndicales.

Un principe connaissant des exceptions. De plus, les parties sont dispensées de l'obligation préalable de résolution amiable : « 1° Si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord ; 2° Lorsque l'exercice d'un recours préalable est imposé auprès de l'auteur de la décision ; 3° Si l'absence de recours à l'un des modes de résolution amiable mentionnés au premier alinéa est justifiée par un motif légitime tenant soit à l'urgence manifeste soit aux circonstances de l'espèce rendant impossible une telle tentative ou nécessitant qu'une décision soit rendue non contradictoirement soit à l'indisponibilité de conciliateurs de justice entraînant l'organisation de la première réunion de conciliation dans un délai manifestement excessif au regard de la nature et des enjeux du litige ; 4° Si le juge ou l'autorité administrative doit, en application d'une disposition particulière, procéder à une tentative préalable de conciliation. ».

On le voit les exceptions au principe sont nombreuses. Par ailleurs, il faut rappeler que la fin de non-recevoir sera laissée à l'appréciation du juge.

Une fin de non-recevoir, a priori, non régularisable. Contrairement au dispositif précédent, l'obligation de l'article 750-1 du CPC comporte une sanction, et même une sanction lourde, puisqu'il s'agit de l'irrecevabilité de l'action engagée.

⁴¹ Article 674 code civil.

Pour rappel, en matière de fins de non-recevoir, le principe permet une régularisation et : « ... l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue. »⁴². Se pose donc la question de savoir si l'absence d'une tentative de résolution amiable, tel que le prévoit l'article 750-1 CPC, peut être régularisée postérieurement à l'introduction de l'action.

A priori, le texte semble écarter une telle régularisation, puisque le texte précise : « A peine d'irrecevabilité (...), la demande en justice doit être précédée ... ». De plus, on sait que la jurisprudence refuse la régularisation a posteriori d'une clause de médiation ou de conciliation obligatoire⁴³.

La sanction de l'irrecevabilité n'en est pas moins brutale, voire discutable⁴⁴, et il y a fort à parier que certains magistrats seront tentés par une démarche en cours d'instance, évitant aux justiciables un retour à la case départ. Les avocats auront donc tout intérêt à éviter de tester cette hypothèse aléatoire, par l'organisation de démarches amiables en amont de l'assignation dont ils pourront faire état.

III. L'intérêt de la médiation en préalable à l'assignation pour les litiges immobiliers, de la construction et de l'urbanisme

L'orientation très immobilière de l'article 750-1 du CPC. Pour une large part le champ d'application concerne le secteur de l'immobilier (bornage, plantations, servitudes, associations syndicales, etc. cf. §9). L'approche paraît justifiée

⁴² Article 126 code de procédure civile

⁴³ S. FINGERHUT, N° 457 – Tenter une conciliation dans le cadre d'une procédure contentieuse. Aperçu rapide. LexisNexis : « *Le défaut de mise en œuvre d'une clause de conciliation instituant une procédure obligatoire et préalable à la saisine du juge, est sanctionné par une fin de non-recevoir et ne pourra être régularisé par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance (Cass. 3e civ., 16 nov. 2017, n° 16-24.642 : JurisData n° 2017-022799)* ». Voir également sur le sujet Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, no 13-19684.

⁴⁴ Voir par exemple : C. Boillot, « *Quelle sanction procédurale pour la clause de conciliation obligatoire ?* » : Dalloz 2015, p. 208 et N. Dissaux, « *Justice imposée v. justice négociée : une conciliation douteuse* » : JCP G 2015, 115.

puisqu'en ces matières, l'apport du juge ou disons d'un tiers capable de trancher le litige au regard du droit n'apparaît pas toujours pertinent. La médiation œuvre, elle, à une résolution par les parties, pour laquelle le droit est seulement une des composantes peut présenter une valeur sociale supérieure.

De même, nombre de petits litiges (valeur inf. à 5000 €) puisent leurs sources dans des opérations liées à l'immeuble (location, gestion, entretien), et leur résolution gagnerait sans doute à éviter les tribunaux, en privilégiant une approche plus directe.

L'intérêt de la déjudiciarisation en matière de construction. Une large part du contentieux de la construction porte sur les désordres, malfaçons ou non-façons, dont le traitement judiciaire est lourd et souvent peu efficace. Il a par ailleurs pour particularité d'être quasi systématiquement précédé par une expertise judiciaire soit une déjudiciarisation organisée par l'institution judiciaire.

Le coût et le délai de cette phase ne sont pas négligeables et parfois rédhibitoires pour de nombreux justiciables, y compris des professionnels. La médiation présenterait dans ces situations de vrais avantages, dont celles de rapports plus directs, plus simples et moins perturbants que le passage par l'institution judiciaire.

Et du contentieux des autorisations d'urbanisme. De la même manière, certaines affaires d'urbanisme mériteraient une phase préalable destinée à l'élaboration d'une solution entre les parties. Dans cette perspective, l'actuelle procédure d'un recours hiérarchique souvent utilisée possède in fine un intérêt disons modeste. En effet, il s'agit quasi systématiquement pour l'autorité compétente de confirmer sa décision, tout en prolongeant le délai de recours du demandeur. Utiliser ce cadre pour une tentative de médiation permettrait a minima de se placer dans la perspective d'une sortie de crise, en confrontant les aspirations des uns et des autres, parfois pour ne pas dire souvent assez éloignées de la réglementation en matière d'urbanisme.

Il faut encore préciser qu'aujourd'hui, la règle est la régularisation des illégalités des permis de construire, même si visiblement certains magistrats peinent à se faire à cette idée. Pour dire les choses autrement, la médiation permettrait d'évoquer les véritables causes de tension, en s'écartant de l'objectif d'une annulation du projet devenue aujourd'hui presque illusoire.

La médiation une solution structurée, confidentielle, simple à mettre en œuvre et sécurisante. Sur de nombreux sujets liés à l'immobilier, la construction ou l'urbanisme, la médiation présente des avantages certains. Son processus est maintenant largement appréhendé par les praticiens, et son efficacité s'est améliorée via le développement de variante comme la médiation évaluative. De même, la saisine d'un médiateur est simple.

Enfin, rappelons-le en guise de conclusion, la médiation consiste d'abord à favoriser un dialogue structuré entre les parties en toute confidentialité. Rien n'est imposé, et les engagements pris le sont de façon volontaire, y compris suivant les conseils d'un avocat ou d'un homme de l'art sur les dimensions techniques.

La covid-19, l'état du droit et l'Etat de droit

Christian HUGLO - Avocat à la Cour - Docteur en droit - Membre de l'AFDD

C'est rappeler une évidence que de dire que le coronavirus qualifié de covid 19 qui s'est répandu sur toute la surface de la planète et a touché la quasi-totalité des Etats, doit être qualifié de catastrophe mondiale plutôt que de crise car nul ne peut dire aujourd'hui comment elle évoluera et quand elle prendra fin.

Face à cette situation la tentation est grande de sélectionner les formes de gouvernement sur le seul critère de l'efficacité et ainsi de porter la critique à l'encontre des Etats dits démocratiques comme de poser crûment la question : l'Etat de droit est-il soluble dans la crise ou la catastrophe de la covid 19 ?

La comparaison entre les unes et les autres formes de gouvernement démocratique ou autoritaire met face à face des questions fondamentales : droits et libertés face à la sécurité, droits et libertés face à la santé.

Il est indéniable que l'existence même de ces conflits entraîne incontestablement la mise en cause des droits inaliénables et sacrés (droits et libertés fondamentales qui constituent l'Etat de droit mais qu'il faudra définir) face à des situations de fait qui touchent à la vie des individus et à la santé des populations.

Il est assez aisé de définir globalement l'Etat de droit qui fonde l'origine de son pouvoir de gouverner sur l'élection, qui est sa condition de réalisation, et qui trouve ses limites dans l'objectif de conduire son action de protection des droits et libertés du citoyen.

Les libertés fondamentales principales sont la sûreté de la personne, la liberté d'aller et de venir, la liberté d'expression, toutes déclinaisons que l'on connaît depuis les grandes Déclarations de Droit de la fin du XVIIIème Siècle, le devoir de les respecter et de les mettre en oeuvre entraîne nécessairement l'organisation des Pouvoirs Publics sous forme de contrepoids entre l'exécutif, le

législatif et le judiciaire, dont l'indépendance apparaît primordiale pour en assurer la durée.

Mais il faut voir aussi que ce système de l'Etat de droit, Etat par Etat, ne peut se satisfaire de l'état actuel des relations internationales qui se limiterait aux relations reposant principalement sur la force et non sous l'égide d'une forme d'organisation incarnée par ce que l'on appelle le multilatéralisme c'est-à-dire la création d'institutions internationales à vocation générale de protection des droits et libertés (comme l'Organisation des Nations Unies ou les institutions plus spécialisées comme, pour ne prendre qu'un exemple, l'Organisation Mondiale de la Santé).

Quand on regarde de plus près la crise de la Covid, (ou si l'on préfère la catastrophe de la covid) celle-ci a bousculé l'Etat de droit mais s'est développée grâce à la faiblesse de l'état du droit international.

La précédente crise du SARS en 2012, qui trouvait son origine en Chine, a été jugulée par l'Organisation Mondiale de la Santé. Hier, celle-ci a eu un rôle totalement déficient pour n'avoir pas pu lancer les avertissements nécessaires et prôner les actions utiles à la suite du développement de l'épidémie (qui allait devenir une pandémie) initiée dans la grande plateforme internationale qu'est la ville de Wu-Han, cité de 13 millions d'habitants.

Il ne faut pas oublier, comme déjà évoqué, que la puissance de l'Etat de droit dépend du contexte international particulier qui peut en modifier les conditions de fonctionnement et de pérennité ; Si l'on n'était pas convaincu de cette affirmation il suffirait de renvoyer à la deuxième guerre mondiale qui a été avant tout une guerre de croisade pour la liberté et contre l'oppression.

Pour rester sur le plan de la crise actuelle, s'agissant du cas particulier de la France, celle-ci a été prise au dépourvu plus que n'importe quel autre Etat par

manque de vigilance et de prévention : l'ampleur prise par la crise apparaît d'abord comme un révélateur des failles de l'Etat de droit.

Mais, on verra que la crise ou la catastrophe de la Covid 19 peut rester une occasion de renforcement de l'état du droit aussi paradoxal que cela puisse paraître.

Première partie

A. Le rôle de révélateur des failles de l'Etat de droit joué par la crise ou la catastrophe de la Covid 19 n'a pas surgi face à un système abouti de protection de l'Etat de droit, les failles étaient déjà existantes et c'est à travers ces failles que l'Etat de droit a été mis en déroute face à cette crise ou cette catastrophe.

L'existence de failles préexistantes, particulièrement sérieuses, paraît se concentrer sur trois points :

1/ L'équilibre des pouvoirs publics,

2/ La place secondaire faite à la justice,

3/ Le désinvestissement des citoyens dans les valeurs de la République

On reprendra successivement ces trois questions.

1 - En ce qui concerne la question de l'équilibre entre pouvoirs publics, la confusion entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif actuel est devenue une évidence. La réforme du quinquennat a réduit toute distance entre l'exécutif et le législatif.

On peut dire que le législatif est pratiquement aux ordres de l'exécutif ou au moins que le pouvoir de résistance du législatif à l'exécutif est en tout cas très faible.

L'évolution vers un Etat autoritaire, en tant qu'elle repose sur la personnalité d'un seul homme -le Président de la République- qui, comme tout homme quel qu'il soit, est évidemment imparfait car, en général, initié à la politique plutôt qu'à la vie- traduit finalement plus l'illusion de la solidité plutôt que la réalité d'un pouvoir fort.

2 - Le rôle finalement de la justice, particulièrement important dans le domaine de la protection des libertés, est une autre réalité, celle-ci a été constamment rabaissée. Il ne s'agit pas seulement d'une question de moyens ou l'organisation de celle-ci, mais de la faiblesse des institutions et de leurs pouvoirs de protection des droits et libertés.

Tant que le rôle du Conseil Constitutionnel sera conduit par des personnalités politiques, quelle que soit leur valeur ou leur expérience, on ne pourra pas attendre de celui-ci qu'il joue le rôle que joue la Cour de Karlsruhe pour l'Allemagne fédérale.

On rappellera ici que la loi fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne dispose « *qu'il ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental* » et cette Cour, constituée de magistrats professionnels, y veille.

La part que devrait jouer le Conseil d'Etat est nécessairement ambiguë compte tenu de son rôle à la fois de juridiction et de conseil du gouvernement. Le rôle du

juge judiciaire, garant des libertés individuelles et droits fondamentaux suivant la théorie de la voie de fait, a diminué du fait de la disparition de cette dernière ; enfin, l'attribution aux tribunaux administratifs de la protection des droits et libertés par la technique dit du référé liberté prévue par le code de justice administrative reste encadrée dans des conditions étroites.

Cette procédure permet la suspension de mesures administratives attentatoire à la liberté mais son intervention est conditionnée par l'urgence à une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Mais surtout, il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'une procédure d'urgence et donc du provisoire et non une procédure au fond.

C'est sans doute pour cette raison que dans le système de contrôle juridictionnel des droits et libertés a finalement fait une place importante par la France au recours individuel devant la Cour Européenne de Strasbourg dite Cour Européenne des Droits de l'Homme (qui étend sa juridiction dans le cadre du Conseil de l'Europe et de la Convention de Paris sur 45 Etats environ de la Russie jusqu'à la Turquie).

3 - Mais la difficulté la plus grande semble venir du désinvestissement des citoyens vis-à-vis de la chose publique et des valeurs républicaines (sauf sur un point particulier qui est celui de l'égalité), la faible participation aux opérations électorales, quelle qu'en soit la cause, aboutit à affaiblir le contrôle du pouvoir d'Etat. C'est donc dans une situation d'affaiblissement de protection des droits et libertés qu'est survenue la crise ou la catastrophe de la covid.

B – Certes l'Etat devrait réagir mais on rappellera d'abord que ce n'est pas la première fois que le législateur a dû intervenir pour faire face à des situations d'épidémie⁴⁵. Des mesures temporaires ont toujours été prises, par exemple,

⁴⁵ Voir les exposés réalisés au cours du cycle de conférences du Conseil d'Etat, l'Etat d'urgence est devenu une drogue dure, Les Affiches Parisiennes, 31 décembre 201, n° 52

dans la loi du 3 mars 1822 relative à la police sanitaire face à la vague épidémique de la fièvre jaune, dans la loi santé publique de 1902 qui établit un véritable état d'urgence et enfin la loi du 9 août 2004 pour faire face à l'épidémie de SRAS qui a accordé au ministre de la santé des pouvoirs particuliers en cas de menaces graves appelant des mesures d'urgence,

Il a été relevé par plusieurs juristes que ce dispositif, conjugué avec l'état d'urgence de la loi de 1955, aurait pu, sans doute, suffire à assurer la riposte face à l'épidémie.

Il a existé pendant la guerre de 1914/1918 également une pratique jurisprudentielle liée à l'état de guerre qui permettait aux pouvoirs publics d'agir sans limite mais ce n'est pas le cas.

Cette dernière assimilation faite par le Président de la République à la situation de l'état de guerre n'est pas sans évoquer la possibilité d'atteinte absolue aux libertés publiques. Normalement d'ailleurs l'état de guerre est déclaré par le parlement⁴⁶ (article 35 de la Constitution). L'appel au symbole n'est pas bienvenu ; on ne peut envoyer des troupes contre le virus ou pactiser avec lui...

Au lieu de combiner les dispositions de la loi de 1955 et celles du 9 août 2004 codifiées à l'article L.1331-1 du code de la santé, le gouvernement s'est engagé dans l'élaboration d'une loi d'urgence : la loi 2020-290 du 23 mars 2020 qui crée l'état d'urgence sanitaire et modifie les dispositions du code de la santé publique et renforce les sanctions pénales applicables aux personnes ne respectant pas le confinement.

Ainsi le nouvel article L.3131-15 du code de la santé publique accorde explicitement au Premier ministre, sur rapport du ministre chargé de la santé, des prérogatives absolument exceptionnelles, telles que celles de réglementer ou

⁴⁶ Article 35 de la Constitution : « l'état de guerre est déclaré par le parlement ».

d'interdire la circulation des personnes et des véhicules, d'interdire aux personnes de sortir de leur domicile sous réserve de déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de la santé, d'ordonner la fermeture et de réglementer l'ouverture des lieux de réunion, les établissements recevant du public comme d'ordonner des réquisitions et, si l'on ose dire, le fin du fin, édicter « *toutes autres mesures réglementaires limitant la liberté d'entreprendre* ».

Cette loi a été immédiatement validée par le Conseil Constitutionnel par des formules convenues qui ressemblent à des recommandations soulignant seulement « *que ces mesures en cause ne pourraient être prises qu'aux seules fins de garantir la santé publique et doivent être strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriés aux circonstances de temps et de lieu* » laissant finalement un autre juge prendre les dispositions de protection utiles afin de limiter et contrôler les pouvoirs extraordinaires dévolus par la loi.

De même le Conseil Constitutionnel, saisi des dispositions de la loi 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ces dispositions, s'est borné à considérer « *que le législateur avait procédé à une conciliation équilibrée entre l'objectif de la protection de la santé⁴⁷ et d'autre part, de la liberté d'aller et de venir, la liberté d'entreprendre ainsi que le droit d'expression collective des idées et opinions* ».

Si le Conseil d'Etat a, en réalité, été extrêmement sollicité le résultat ne pouvait aller au-delà du seul pouvoir d'un juge des référés conditionné par l'urgence et le provisoire.

La Haute Juridiction a indiqué qu'elle avait reçu plus de 800 recours sur la base du contrôle du référé liberté et n'avait qu'à de très rares exceptions censurer des dispositions liberticides des lois du 23 mars et 11 mai 2020. Sur ces 800 recours environ 300 ont été déclarés irrecevables, un bon nombre pour des demandes

⁴⁷ Voir 11^{ème} alinéa du B de la Constitution du 27 octobre 1946

de mesures tout à fait farfelues (par exemple nationaliser des laboratoires) ; la plupart de ces recours ont été rejetés au fond, une vingtaine ou une trentaine ont été accueillis : la mesure la plus connue est celle dans laquelle il a approfondi son contrôle de proportionnalité des mesures édictées en enjoignant au Premier ministre de modifier les restrictions affectant la liberté du culte.

Mais la vraie difficulté vient ici du fait que lorsque les périls passent les lois de circonstances subsistent faute de réactions suffisantes des citoyens qui ont accepté la situation telle qu'elle leur a été imposée ce qui entraîne la question de la recherche des responsabilités.

Elle doit être abordée ici sous deux angles : la réaction partielle d'un certain nombre de citoyens et d'associations qui se sont astreints à saisir la Cour de Justice de la République à l'encontre des politiques pour mise en danger d'autrui, ou l'abstention de combattre un sinistre, le contrôle pénal ayant, en son principe, une certaine utilité mais étant dépourvu, en l'espèce, de toute efficacité en raison de la longueur des procédures à suivre et l'absence de débat devant cette Cour composite devant laquelle la constitution de partie civile est interdite.

Mais ensuite ce qui reste beaucoup plus difficile à accepter, sur le plan du contrôle des droits et libertés, c'est la question de l'absence de toute mesure de contrôle et de participation instituée préalablement.

L'idée des pouvoirs publics de créer une convention citoyenne inspirée du modèle de celle qui avait été créée pour le climat apparaît purement symbolique voire incantatoire (avec les désagréments que l'on connaît). Si une commission d'enquête parlementaire au Sénat a été instituée, elle a permis sans doute de faire le bilan en vue d'améliorer la situation et de réviser une politique de prévention beaucoup plus efficace, mais elle n'a pas traité de façon exemplaire la question de l'atteinte aux droits et libertés. Or, la situation demeure : une deuxième vague d'épidémie est apparue en septembre et puis une troisième à la veille du printemps sans que le sujet de fond soit abordé.

Deuxième partie

La crise ou la catastrophe de la covid, comme occasion de renforcement de l'état du droit et donc de l'Etat de droit.

La catastrophe de la covid doit nous intéresser au plus haut point puisqu'elle préfigure celle qui nous attend sur la question du climat qui va vers une future mais lente catastrophe plus importante que celle que nous vivons si l'on en croit les propos du Secrétaire Général des Nations Unies lequel déclarait « *pire que le covid 19 le réchauffement climatique nous menace de perdition* »⁴⁸.

Sans doute comparaison n'est pas raison.

Mais entre le court terme et le long terme, il existe une similitude entre l'une et l'autre. La grande différence est qu'aucune réaction ne s'est pas développée sur le plan du droit international s'agissant de la crise de la covid tandis que sur celle de la lutte contre le réchauffement climatique la mobilisation semble réelle au niveau international en fonction également du contentieux climatique (voir un récent rapport de l'ONU intitulé « l'état du contentieux climatique » rendu public le 21 janvier 2021⁴⁹).

C'est précisément cette idée de prise en main de son destin par la société civile à travers les tribunaux de très nombreux Etats qui rend les décisions parallèles et convergentes, décisions auxquelles s'est attachée la juridiction française⁵⁰ (CE 19 novembre 2020, arrêt Commune de Grande Synthe) et la Cour Européenne des Droits de l'Homme⁵¹ (voir communiqué de la CEDH du 13 novembre 2020,

⁴⁸ Déclaration à l'AFP en marge de l'ouverture de l'assemblée générale des Nations Unies du 21 septembre 2020

⁴⁹ Voir ONU « Global climate litigation » report 2020 status review

⁵⁰ Conseil d'Etat, commune de Grande Synthe 19 novembre 2020

⁵¹ CEDH affaire Claudia Duarte Agostinho et autres C/ Portugal et 32 autres Etats, introduite le 7 septembre 2020

publié le 30 novembre 2020). La peur à court terme semble faire moins réagir que la peur à plus longue échéance...

Pourtant, face à la recherche de responsabilités deux voies semblent se dessiner face à certaines institutions régionales comme celle du Conseil de l'Europe car la liberté, quelle qu'elle soit, ne peut se comprendre sans la responsabilité. Mais est-elle impossible ?

1 - Sur le premier point, s'agissant de la Cour Européenne des Droits de l'Homme un examen attentif des textes adoptés en 2020 s'impose. On se réfèrera, en particulier, à la résolution du Parlement Européen du 13 novembre 2020 sur l'incidence des mesures relatives à la covid 19 sur la démocratie, l'Etat de droit et sur les droits fondamentaux.

Il s'agit d'un texte long, détaillé mais qui repose sur plusieurs données qui nous paraissent relativement fondamentales.

La première recommandation du Conseil de l'Europe consiste à réaffirmer la supériorité et la priorité des droits et libertés sur le droit à la santé : ce positionnement entraîne un effet d'efficacité immédiat qui est celui de développer une politique de prévention, seule politique adaptée et efficace contre une situation aussi dramatique que celle provoquée par la crise de la covid 19.

La deuxième idée est l'obligation d'adopter un comportement faisant appel à la participation citoyenne et à un mécanisme de dialogue comme d'information attirant le consentement et permettant effectivement de rendre beaucoup plus efficace la mobilisation qui sera alors vécue comme l'expression d'un choix personnel et non plus comme une contrainte.

La troisième idée est d'établir un contrôle permanent et non pas différé des trois critères fondamentaux de toute mesure privative de liberté dont 1°) la nécessité doit être prouvée, 2°) le caractère proportionné justifié et 3°) le caractère provisoire affirmé : c'est ce qui a manqué effectivement dans la gestion directe de la covid et ce qui a fait difficulté aux juridictions françaises face à l'obsession quotidienne des médias qui n'ont eu à leurs programmes que des litanies de faits négatifs : nombre de morts, nombre d'hospitalisés (sans absolument aucun contrôle ou recherche d'une perspective d'avenir possible).

Enfin, la dernière idée, qui permet effectivement de relancer la politique de prévention, c'est l'obligation de tirer les leçons d'une mesure particulière, temporaire, pour en améliorer l'efficacité et l'acceptabilité en cas de répétition.

Il existe à disposition des gouvernants d'un Etat, qui s'affirmaient attachés aux libertés, un guide particulièrement intéressant d'encadrement des politiques à suivre en fonction de la hiérarchie des valeurs.

La difficulté la plus grande est celle qui résulte de la situation du droit international vis-à-vis de la catastrophe.

2 - La question de la responsabilité sur le plan du droit international appelle une réponse relativement positive sur le plan des principes mais pratiquement nulle sur le plan de l'efficacité.

Cette responsabilité est pourtant une question essentielle, dans tous les domaines du droit, c'est par les questions de la responsabilité qu'évolue la réflexion écologique sur la crise climatique.

Elle a aussi un autre aspect. Au-delà de la mise en place de techniques de responsabilité civile, pénale ou administrative, l'application de la question de la responsabilité des institutions internationales et des Etats devrait permettre de

faire surgir de nouvelles et adéquates règles sur les conduites à tenir et donc permettre de corriger à l'avenir ce qui a été négligé.

Pour vérifier ce besoin de sécurité et de garantie que devrait offrir le droit international, il nous est apparu ici utile de nous livrer à une analyse globale des responsabilités à différents niveaux, d'abord à celui des organisations internationales puis à celui des États.

On constatera rapidement qu'est inexistante la responsabilité des organisations internationales vis-à-vis d'autres organisations nationales, comme celle des États ou même des citoyens.

Sur le plan de la responsabilité de ces organisations internationales, malgré les travaux de la Commission du droit international entrepris en 2011, la réponse est *a priori* clairement négative car toutes les institutions internationales bénéficient d'une immunité de juridiction qui permet « *aux organisations, sur le modèle du privilège reconnu aux états souverains, d'échapper aux actions judiciaires devant les tribunaux nationaux de l'état du siège* » (P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, Droit international public : Dalloz, 13e éd.).

La responsabilité des organisations internationales vis-à-vis des États comme des particuliers est donc, semble-t-il, pour longtemps totalement théorique.

En l'espèce actuelle concernant le coronavirus, la mise en cause de la Chine apparaît techniquement possible mais problématique. Même en Chine il existe, en droit interne, une responsabilité effective des États vis-à-vis des citoyens sur le plan pénal comme sur le plan administratif. Celle-ci est purement théorique pour ne pas dire plus. Reste la responsabilité des organisations internationales vis-à-vis d'autres organisations nationales ou des États.

Plus intéressante est la question de la responsabilité des États les uns vis-à-vis des autres : s'agissant du développement du coronavirus de nombreuses

entreprises voire même des dirigeants politiques, notamment anglo-saxons, ont appelé leur gouvernement à engager des poursuites contre le gouvernement chinois.

Il y a eu, en effet, en son temps des précédents en matière nucléaire : on évoquera ici le contentieux qui avait été initié par la Suisse, la République fédérale d'Allemagne et l'Italie contre l'URSS à la suite de l'accident de Tchernobyl, survenu en 1986. Il avait été reproché par ces États à l'État soviétique son manque de prévoyance et surtout son retard d'information. Des indemnisations avaient été obtenues à l'amiable mais non au contentieux (la France s'est bien entendu abstenue d'y procéder, probablement, sans malice, pour le motif selon lequel la radioactivité n'avait, selon ses dires et ses affirmations, jamais franchi la frontière...).

La situation est-elle ici différente ? Peut-on chercher à invoquer des fautes contre la Chine et surtout si on pouvait les relever et les prouver, pourrait-on trouver une juridiction qui se prononcerait sur des sanctions. La réponse à ces deux questions va dans un sens positif pour la première mais négatif pour la seconde.

En l'espèce, il existe effectivement un règlement sanitaire international qui régit le droit mondial de la santé. Le règlement sanitaire international (2005), ou RSI, est un instrument juridique international qui a force obligatoire pour 196 pays dans le monde, dont tous les États Membres de l'OMS : Il a pour but d'aider la communauté internationale à prévenir les risques graves pour la santé publique, susceptibles de se propager au-delà des frontières comme de constituer une menace dans le monde entier et à y riposter. Ce droit exige la notification rapide des informations et des données utiles pour limiter la transmission du virus.

Toute la question est de savoir ici quelle faute dans l'information pourrait être considérée comme reprochable à la Chine et tout en se rappelant que, de son côté, l'OMS n'a pas été brillante sur ce terrain.

En tout cas il est établi que la Chine a laissé pendant trois longs mois ses frontières ouvertes et a laissé toute circulation internationale possible vers et depuis Wu-Han.

On imagine difficilement que les tribunaux chinois puissent accepter de se déclarer compétents puisque, à l'encontre d'une action entreprise par un particulier ou un État devant un tribunal de première instance, le gouvernement pourrait invoquer l'immunité du souverain.

Sans doute, une telle protection ne pourrait protéger, *a priori*, une entreprise chinoise reconnue responsable, tel un laboratoire, à condition qu'elle ne soit pas une entreprise d'État, sans patrimoine saisissable (c'était le cas pour la centrale de Tchernobyl), mais qui ferait le procès ?

Quant à la Cour internationale de justice de La Haye, elle ne pourrait pas être saisie de la question de la responsabilité de la Chine car cette dernière ne reconnaît pas sa juridiction. On ne voit pas non plus la Cour pénale internationale de la Haye se saisir car le délit de défaut d'information n'a aucune consistance dans le traité de Rome entré en vigueur le 1er juillet 2002.

Finalement, pour réaffirmer notre attachement aux libertés, quelles que soient les circonstances, c'est aux juridictions inspirées des principes du Conseil de l'Europe qu'il faudrait pouvoir s'adresser et surtout trouver un juge qui ne statue pas que dans l'urgence.

Rien ne peut empêcher les juridictions suprêmes constitutionnelles de se fixer sur des principes tels que ceux affirmés par la Cour de Karlsruhe, mais ce n'est pas toujours le cas comme on l'a vu.

En tout cas le débat doit pouvoir se poursuivre non pas sur les seules questions de principe relatives à la balance sécurité/liberté car rien ne prouve jusqu'à

présent le résultat obtenu, même en cas de mise entre parenthèses de l'Etat de droit, soit plus efficace que celui qui aurait été obtenu dans le cas contraire.

En réalité, seul le respect des droits et libertés permet de créer un mouvement de fond qui entraîne dynamisme et non passivité face à la crise.

C'est une bataille qu'on ne peut pas ne pas mener, il y va de notre avenir et de celui de nos enfants.

Paris, le 15 mars 2021

**LA SUPRA-CONSTITUTIONNALITE
EN DROIT CONSTITUTIONNEL
AFRICAIN : ETUDE A PARTIR DES
LIMITES MATERIELLES AU POUVOIR
DE REVISION CONSTITUTIONNELLE**

Edouard GNIMPIEBA TONNANG - Maître de Conférences de Droit Public -
Université de Dschang - Cameroun

Alors que très peu sont ceux qui pouvaient douter de l'immortalité de la conception normativiste⁵² de l'ordre juridique⁵³, l'actualité constitutionnelle en Afrique, marquée par de multiples violations de la Constitution, vient démontrer que la célèbre théorie du juriste autrichien Hans Kelsen est plus que jamais mise à rude épreuve. Face aux Constitutions de plus en plus malades⁵⁴, les positions du Maître de Vienne au sujet de la Constitution et de son autorité sont désormais

⁵² Lire sur la théorie normativiste H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. de la 2e éd. par EISENMANN C., 1999, LGDJ, La pensée juridique, p. 9. ; du même auteur, *Théorie générale des normes* (trad. Beaud O. et MALKANI F.), 1996, PUF, Léviathan, pp. 11-17 et pp. 71-110 ; *Théorie générale du droit et de l'État* (trad. de Laroche B. et Faure V.), 1997, LGDJ, La pensée juridique, p. 164 ; O. PFERSMANN, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in D. CHAGNOLLAUD et M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, 2012, Dalloz, t. ii, pp. 483 à 528 ; du même auteur, « Hiérarchie des normes », in ALLAND D. et RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, 2003, PUF, pp. 779 et ss ; M. TROPER, « La pyramide est toujours debout. Réponse à Paul AMSELEK », *RDP*, 1978, pp. 1523-1536 ; X. MAGNON, « En quoi le positivisme - normativisme - est-il diabolique ? », Rapport écrit présenté au VIIe congrès français de droit constitutionnel, Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008, 24p ; R. CARRE DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, p. 2 ; C. BRAMI, *La hiérarchie des normes en droit constitutionnel français. Essai d'analyse systémique*, thèse, 2008, Université de Cergy Pontoise, 524p. ; Le positivisme juridique (Dir.), C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT et M. TROPER, Paris, LGDJ, Coll., La pensée juridique moderne, 1992, 523p

⁵³ V. G. TIMSIT, « L'ordre juridique comme métaphore », article consultable sur http://www.cairn.info.ressources.univ-poitiers.fr/article_p.php?ID_ARTICLE=DROIT_033_0003, consulté le 4 février 2021, pp. 3-18 ; C. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », article consultable sur http://www.cairn.info.ressources.univ-poitiers.fr/article_p.php?ID_ARTICLE=DROIT_033_0003, consulté le 4 février 2021, pp. 19-40 ; D. ALLAND, « L'ordre juridique international », article consultable sur http://www.cairn.info.ressources.univ-poitiers.fr/article_p.php?ID_ARTICLE=DROIT_033_0003, consulté le 4 février 2021, pp. 79-102 ; C. GRZEGORCZYK, « L'ordre juridique comme réalité », article consultable sur http://www.cairn.info.ressources.univ-poitiers.fr/article_p.php?ID_ARTICLE=DROIT_033_0003, consulté le 4 février 2021, pp. 103-118. ; J. COMAILLE, « L'ordre juridique comme désordre politique », *Pouvoirs*, n°94, 2000, pp. 75-86 ;

⁵⁴ F.-J. AIVO, « Crise de la normativité des Constitutions en Afrique », *RDP*, 2012, n° 1, pp. 141 à 170

contestées⁵⁵ dans leur double dimension théorique que pratique. De ce fait, le débat autour de la supra-constitutionnalité gagne du terrain sur un continent confronté à une complexification sans précédent des rapports entre les normes juridiques.

Si le modèle hiérarchique reste pertinent dans la mesure où il subsiste dans les vastes domaines centraux du droit, il se trouve néanmoins ébranlé à la fois dans les zones d'incertitudes qu'au niveau des fondements ultimes du système⁵⁶. La subordination laisse progressivement la place à la coordination ou à l'harmonisation, la linéarité s'accompagne de mouvements de récursion entre les normes et les organes, tandis que les foyers de production du droit, en constante multiplication ne peuvent plus être ramenés à une source unique et suprême.

En général, l'évocation de la notion de supra-constitutionnalité⁵⁷ conduit à examiner la question de la supériorité des normes de droit international sur celles de la constitution dans le cadre de ce que le Doyen FAVOREU qualifie de « supra-constitutionnalité externe ». Sous ce rapport, il est question de savoir si les normes constitutionnelles peuvent être soumises au respect de normes internationales ou supranationales. Cet aspect de la question, qui met en exergue le rapport complexe entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique international ne sera pas abordée dans le cadre de cette modeste contribution où seule la supra-constitutionnalité interne retiendra notre attention. Analysée sous cet angle, la supra-constitutionnalité revient à savoir si les constitutions peuvent se voir imposer le respect des normes nationales admises comme à valeur supra-constitutionnelles.

⁵⁵ S. GOYARD-FABRE, « L'illusion positiviste », in *Mélanges Paul AMSELEK*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 374 et ss ; P. AMSELEK, « réflexions critiques sur la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDJ*, 1978, pp. 5-19.

⁵⁶ F. OST et M. Van de KERVOCHE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, p. 227

⁵⁷ L. FAVOREU, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n°67. pp.76-77.

La problématique ici s'envisage à deux niveaux. Le premier consiste à se demander s'il existe dans les ordres juridiques nationaux des normes ayant une origine extraconstitutionnelle et une valeur supérieure à la constitution. Le deuxième est celui de savoir si toutes les règles faisant partie du bloc de constitutionnalité ont la même valeur⁵⁸. Le doyen Georges Vedel appelle la première la « supra-constitutionnalité complète »⁵⁹, la « supra-constitutionnalité à la lettre »⁶⁰, la « supra-constitutionnalité à l'état pur »⁶¹ ou la « pleine supra-constitutionnalité »⁶² ; et la seconde la « para-supraconstitutionnalité »⁶³, la « supra-constitutionnalité incomplète », ou la « supra-constitutionnalité cachée »⁶⁴.

⁵⁸ L'expression « *bloc constitutionnel* » provient de l'une des recherches effectuées sur le Conseil constitutionnel français en 1960. En 1970, Claude EMERI invente la notion de « *bloc de constitutionnalité* » alors qu'il s'étonnait à juste titre que « *la Haute juridiction [le Conseil constitutionnel] construise ainsi un véritable bloc de constitutionnalité composé de la Constitution et des ordonnances de l'article 92 qui posent les principes d'organisation du parlementarisme limité* ». A l'époque, le Conseil constitutionnel français, dans sa Décision n°69-37 DC du 20 novembre 1969, avait vérifié la constitutionnalité du règlement intérieur de l'Assemblée

Nationale aussi bien par rapport à la Constitution qu'au regard de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre

1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires. V. J. CLAVIERE-SCHIELE, *Les techniques*

juridictionnelles du Conseil constitutionnel, Mémoire de DES de droit public, Université de Paris, 1960, p. 81. ;

C. EMERI et J.-L. SEURIN, « Chronique constitutionnelle et parlementaire française. Vie et droit parlementaire », in *Revue du Droit Public*, 1970, p. 678. ; C. DENIZEAU, *Existe-il un bloc de constitutionnalité ?*, Paris, LGDJ, 1997, p. 12. ; L. FAVOREU, « Bloc de constitutionnalité », in O. DUHAMEL et Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1ère éd., 1992, p. 87. ; J. M. BLANQUER, « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? », in *Libertés*, Mélanges Jacques ROBERT, Paris, Montchrestien, 1998, p. 227. ; S. BOLLE et F. A. KPODAR, « Le bloc de constitutionnalité », Communication au Colloque international organisé par la Cour Constitutionnelle du Bénin dans le cadre du 20ème anniversaire de l'installation de la Cour et 22 ans de pratique constitutionnelle au Bénin, Cotonou, les 07 et 08 mai 2013. H. AKEREKORO, « La Cour constitutionnelle et le bloc de constitutionnalité au Bénin », *Revue Afrilex*, 44p ;

⁵⁹ Georges Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n°67, p.84.

⁶⁰ *Idem*

⁶¹ *Idem*, p. 87

⁶² *Idem*, p. 84

⁶³ *Idem*, p. 82

⁶⁴ *Idem*, p. 86

C'est peut-être le lieu de rappeler que le débat sur la question de l'existence de normes supraconstitutionnelles oppose brutalement les jusnaturalistes et les juspositivistes. Les premiers sont favorables à l'existence de telles normes, alors que les seconds la refusent catégoriquement, car pour eux, ces normes sont privées de fondement positif et par conséquent elles ne peuvent pas être valables. De ce point de vue, la notion nous immerge dans les subtilités de la validité des systèmes juridiques que Kelsen croyait pourtant avoir définitivement construit à travers fameuse métaphore de la pyramide des normes juridiques⁶⁵.

La supra-constitutionnalité ne commence qu'à partir du moment où l'on attribue la nature de règles de droit à des principes⁶⁶. En d'autres termes, comme le remarque le doyen VEDEL, « *il n'y a aucun inconvénient, sinon pour la clarté du langage, à nommer supraconstitutionnelles des normes de caractère éthique ou des principes faisant partie d'un credo politique* »⁶⁷. Or, les défenseurs de la supra-constitutionnalité ne se contentent pas d'exposer la valeur morale de certains principes qu'ils jugent fondamentaux, mais allant encore plus loin, ils leur attribuent la valeur juridique. Par exemple, Serge ARNE estime que les principes tels que « le respect de la dignité de la personne »⁶⁸ ou celui de « la non-discrimination »⁶⁹ sont tellement importants que leur violation « révolte tout homme considéré comme civilisé »⁷⁰. Si Serge ARNE en était resté là, il n'y aurait

⁶⁵ M. TROPER, « Ross, Kelsen et la validité », in M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, coll. « Léviathan », Paris, PUF, 2001, p. 33 ; F. OST, « Validité », dans André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris/ Bruxelles, LGDJ/Story Scientia, 1988, p. 635. ; H. L.A. HART, *Le Concept de droit*, trad. M. van de KERCHOVE, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 239. ; D. de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 256.

⁶⁶ *Idem*, p. 80.

⁶⁷ *Idem*

⁶⁸ S. ARNE, « Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité », *RDP*, 1993, p. 474.

⁶⁹ *Idem*, p. 475

⁷⁰ *Idem*, p. 473

pas de discussion. Mais il leur accorde un statut juridique⁷¹, comme on le voit dans sa définition de la supra-constitutionnalité : « *la supra-constitutionnalité, c'est la supériorité de certaines règles ou principes qualifiés 'normes' sur le contenu de la Constitution* »⁷².

En effet, la notion est restée dans l'ombre des théories juridiques en raison de la difficile conception de l'ordre juridique sans la suprématie de la constitution. Il ne pouvait d'ailleurs en être autrement au regard de l'emprise désormais très marquée du droit sur la politique⁷³. La diffusion planétaire de la doctrine du constitutionnalisme⁷⁴ et émergence de la justice constitutionnelle⁷⁵ confirmait en tout cas le propos.

⁷¹ *Idem*, pp.475-480

⁷² *Idem*, p. 461

⁷³ D.-G. LAVROFF, « Le droit saisi par la politique : l'instabilité de la norme constitutionnelle sous la république », *Politeia*, 2014, n° 25, pp. 23 à 46.

⁷⁴ V. J.-F. AUBERT, « La Constitution, son contenu, son usage », *RDS*, n° 2 1991, pp. 9-141 ; M. TROPER, « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne de l'Etat », in *Térence Marshall* (dir.), « Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel : la France et les Etats-Unis », La Garenne Colombes, 1992, pp. 35 et ss. ; J.-M. DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus politicum*, n°6, 2006, pp. 1-11 ; Y. POIRMEUR et D. ROSENBERG, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », in *CURAPP, Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, pp. 230-251 ; Koffi AHADZI, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain », *AJP*, juillet-décembre 2002, vol. 1, n° 2, pp. 35-86 ; Théodore HOLO, « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les constitutions du renouveau démocratique dans les Etats de l'espace francophone : régimes juridiques et systèmes politiques », *RBSJA*, n° 16, 2006, pp. 17-41 ; J. Du B. De GAUDUSSON, « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir », *Mélanges en l'honneur le Louis FAVOREU*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 610-627, spéc., p. 610 ; A. BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *RFDC*, 2002/4 n° 52, pp. 721-748.

⁷⁵ V. L. FAVOREU, « Cours constitutionnelles », in O. DUHAMEL et Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 255 ; Du même auteur, « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *AJJC*, Vol 4, 1988, pp. 51-66. ; M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 2 et 3 ; D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 3e édition, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 13-29 ; F. HAMON et C. WIENER, *La justice constitutionnelle : Présentation générale, France, Etats -Unis*, Paris, La documentation française, n° 1.15, 2006, pp. 37-60. ; H. KELSEN, «La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, pp. 197- 257 ; du même auteur, « Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine », *RFDC*, 1990, I, pp. 17-30. ;

Seulement, le contexte actuel nous invite peut être à revisiter ces acquis à l'aune des multiples crises du constitutionnalisme en Afrique. Les mots ne suffisent plus à la doctrine pour décrire la faillite du constitutionnalisme d'inspiration libérale jadis tant admiré. Déclin du constitutionnalisme⁷⁶, constitutionnalisme rédhibitoire⁷⁷, constitutionnalisme formel et irrationnel⁷⁸, constitutionnalisme non démocratique⁷⁹, reflux du constitutionnalisme⁸⁰, zones d'ombre du constitutionnalisme⁸¹. De telles notions témoignent de la « *crise précoce du nouveau constitutionnalisme en Afrique* »⁸².

Dès lors, les failles du normativisme, déjà contesté de nombreux auteurs, semblent progressivement donner raison aux thuriféraires de la supra-constitutionnalité. Plus que jamais, on peut questionner la place de la constitution dans les ordres juridiques africains en ces termes : existe-t-il des normes au-dessus de la Constitution ? La constitution est-elle encore au sommet de l'ordre juridique en Afrique ? Existe-t-il une supra constitutionnalité en Afrique ? La constitution fonde-t-elle encore la validité du système juridique ? Quelle est la

H. GAUDIN, « La Cour de justice, juridiction constitutionnelle ? », *RAE.*, 2000, pp. 209-222. ; G. DRAGO, « Justice constitutionnelle », *in Droits*, n° 34, 2001, pp. 119-129. ; C. GREWE et alii, *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, 190 p. ; R. Carré de MALBERG, « La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels », *in Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, pp. 144-161.

⁷⁶ Maurice AHANHANZO GLELE, « La Constitution ou loi fondamentale », *in Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Abidjan- Dakar-Lomé, *Les nouvelles Éditions africaines*, p. 33-34.

⁷⁷ Joseph OWONA, « L'essor du constitutionnalisme rédhibitoire en Afrique noire. Étude de quelques "Constitutions Janus" », *in Mélanges en l'honneur de P.-F. GONIDEC. État moderne : horizon 2000 : aspects interne et externe*, Paris, LGDJ, 1985, p. 235.

⁷⁸ Jean-Marie BRETON, « Le sacré et le constitutionnalisme. De la légitimation à la disqualification du pouvoir », *Droit et culture, RTAH*, n° 12, 1986, p. 105 et s.

⁷⁹ I. M. FALL, *Pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des États d'Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 22.

⁸⁰ J. MOUANGUE KOBILA, « Peut-on parler d'un reflux du constitutionnalisme au Cameroun ? », *RASJ*, article précité, pp. 267-306

⁸¹ J.-F. WANDJI K., « Les zones d'ombre du constitutionnalisme en Afrique », *RJP*, n° 3, 2007, pp.263-307

⁸² F. MELEDJE DJEDJRO, « Principe majoritaire et démocratie en Afrique », *RID*, n° 39, 2008, p. 12.

place de la constitution dans les ordres juridiques africains ? La constitution a-t-elle perdu sa superbe, sa majesté et son prestige sur le continent africain ?

Ces questionnements, nous permettent de mesurer l'intensité des mutations du droit constitutionnel sur le continent. L'incapacité des constitutions à réguler les phénomènes politiques au regard de l'inflation des révisions constitutionnelles⁸³, de la permanence des remises en cause des ordres constitutionnels nationaux, des coups d'état⁸⁴, de l'intensification des révolutions populaires et des mouvements insurrectionnels⁸⁵, de la prolifération des accords politiques⁸⁶ et des chartes de transition⁸⁷ autorise une réflexion approfondie sur la supra-constitutionnalité en Afrique. En tout état de cause, le droit constitutionnel africain est en pleine transformation. C'est un droit vivant qui s'accommode de plus en plus mal d'une lecture exclusivement positiviste. C'est un droit éminemment politique qui doit désormais être envisagée de façon multilinéaire

⁸³ F. MODERNE, *Réviser la Constitution. Analyse comparative d'un concept indéterminé*, 2006, Dalloz, p. 40 ; K. AHADZI NONOU, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des états d'Afrique noire francophone », *AJP* juill.-déc. 2002, p. 35 ; A. CABANIS et M. MARTIN, *Les Constitutions d'Afrique francophone. Évolutions récentes*, 1999, Karthala ; J.-L. ATANGANA AMOUGOU, « Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », *Politeia*, 2005, n° 7, p. 620 ; J. du B. DE GAUDUSSON, « Points d'actualité sur les modalités de production du droit constitutionnel dans les états africains francophones », in *Mélanges P. GELARD*, 1999, Montchrestien, p. 341.

⁸⁴ V. sur la question A. ESSONO OVONO, « armée et démocratie en Afrique, une relation ambivalente à normaliser », *AC*, 2012/2, n° 242, pp. 120 à 121 ; J.-C. TCHEUWA, « L'Union africaine et les changements anticonstitutionnels de gouvernement », *RRJ Droit Prospectif* 2009, n° 2, pp. 995 à 1022 ; C. THIRIOT, « La place des militaires dans les régimes post-transition d'Afrique subsaharienne : la difficile resectorisation », *RIPC*, 2008/1, vol. 15, pp. 15 à 34 ; B. GUEYE, « Les coups d'état en Afrique entre légalité et légitimité », *Droit sénégalais* 2010, n° 9, pp. 259 à 277.

⁸⁵ A. SOMA, « réflexion sur le changement insurrectionnel au Burkina Faso », *CAMES*, 2015, n° 001, p. 3 à 9 ; R. BEN ACHOUR et S. BEN ACHOUR, « La transition démocratique en Tunisie : entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire », *RFDC*, 2012/4, n° 92, pp. 715 à 732.

⁸⁶ I. EHUENI MANZAN, *Les accords politiques dans la résolution des conflits armés internes en Afrique*, thèse, 2011, Université La Rochelle et Université de Cocody-abidjan, 516p

⁸⁷ M. EL HADJ, « La constitution de transition et la résolution des conflits en Afrique. L'exemple de la République Démocratique du Congo », *RDP*, 2010, n° 2, p. 444 ; M. ZAKI, « Petites constitutions et droit transitoire en Afrique », *RDP*, 2012, n° 6, pp. 1667 à 1696.

si l'on veut maîtriser ses enjeux sur le continent à l'aune des exigences de la démocratie et de l'Etat de droit.

Une approche plus réaliste de l'ordre juridique⁸⁸ africain révèle l'inévitable existence de la supra-constitutionnalité en droit constitutionnel africain, à partir d'une analyse des révisions constitutionnelles. Cette supra-constitutionnalité découle non seulement des « clauses d'éternité » qui caractérisent les dispositions constitutionnelles intangibles **(I)** mais aussi de l'admission par certains Etats du contrôle des lois constitutionnelles **(II)**.

I. La supra-constitutionnalité révélée à travers la consécration des clauses d'éternité

La plupart des constitutions modernes sont rigides non seulement en raison de la spécialité de leur procédure de révision, mais aussi parce qu'elles admettent des limites matérielles à la révision. La doctrine allemande qualifie ces limites de « clauses d'éternité »⁸⁹. Pour certains auteurs dont nous partageons les analyses, ces clauses, implicitement ou explicitement consacrées sont assimilables à des normes supra-constitutionnelles **(A)**, même si cette conclusion peut admettre quelques réserves **(B)**.

A. L'assimilation des clauses d'éternité aux normes supra constitutionnelles

⁸⁸ A. ROSS, «Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit», dans Alfred ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. par Éric MILLARD et Elsa MATZNER et présentation par Éric MILLARD, Paris, LGDJ, 2004.

⁸⁹ Ch. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, P.U.F., Paris, 1997, pp. 59-60

Nombre de constitutions prévoient l'impossibilité d'une révision constitutionnelle portant sur certains points. La culture constitutionnelle contemporaine exprime une universalisation de ce type de dispositions à travers l'introduction d'une clause prévoyant l'intangibilité de certains principes constitutionnels. Une distinction apparaît alors entre les dispositions susceptibles de faire l'objet d'une révision, selon la procédure d'adoption des lois constitutionnelles, et les dispositions non susceptibles de se voir appliquer la procédure de révision.

En effet, une approche purement pragmatique permet de comprendre le fonctionnement concret du dispositif de la clause d'éternité. Celle-ci peut s'analyser comme une norme positive incluse dans la constitution. La clause d'éternité, en pratique, introduit un double degré de constitutionnalité dans le contexte des constitutions comme systèmes de normes positives⁹⁰. En ce sens, elle peut jouer un rôle tout simplement efficace dans le contexte de la révision constitutionnelle en posant le juge constitutionnel comme autorité susceptible de garantir l'intangibilité de certains aspects constitutionnels. Par ailleurs, au plan de l'histoire constitutionnelle, la clause d'éternité s'explique par la nécessité, au moment d'un changement radical d'orientation politique, de bloquer tout retour en arrière⁹¹. C'est pourquoi ce type de disposition est souvent contenu dans les constitutions des systèmes politiques ayant connu l'expérience traumatisante du totalitarisme.

Le Doyen HAURIUO considérait à cet égard qu'au-dessus même du pouvoir constituant, il y a « *les grands principes individualistes d'ordre et de justice qui ont fait la civilisation* », et qu'« *il y a des occasions où le contrôle pourrait s'exercer sur elle [la Constitution]. Par exemple, au fond, un amendement à la Constitution serait en contradiction avec cette légitimité constitutionnelle qui est au-dessus de la super-légalité elle-même parce qu'elle se compose de principes*

⁹⁰ B. M. METOU, « Existe-t-il une hiérarchie entre les normes constitutionnelles des Etats africains », *Revue électronique Afrilex*, pp. 1-32

⁹¹ H. RABAULT, « La clause d'éternité : la recevabilité des recours contre les lois de révision constitutionnelle », *Petites affiches*, 30 août 2004, n° 173, p. 3

et que les principes sont toujours au-dessus des textes »⁹². En effet, dégager une catégorie spécifique de dispositions constitutionnelles, appelées « limites à la révision constitutionnelle » ou « limites constitutionnelles », trouve un intérêt dès lors que l'on souhaite déterminer quelles normes échappent à cette révision⁹³.

C'est la raison pour laquelle la notion de limite constitutionnelle se rapproche de l'idée « d'intouchabilité ». Il s'agit d'une disposition constitutionnelle qui ne peut pas être « touchée » par la procédure de révision constitutionnelle, et cela de façon absolue. Une limite juridique est ainsi une norme valide d'un ordre juridique pour la révision et surtout la suppression de laquelle ne sont prévues aucune procédures normatives. La procédure qui régit la révision de la constitution – qui est habituellement plus exigeante que la procédure prévue pour la création des normes générales et abstraites (lois) – régit une compétence qui concerne l'ensemble des dispositions constitutionnelles, à l'exception de la (des) disposition(s) appelée(s) limite(s) constitutionnelle(s). C'est à cela que renvoie la « clause d'éternité » qui ne peut jamais être remise en cause. Elle est donc éternelle dans l'ordre juridique considéré. Si elle disparaît, cela résulte d'un processus qui n'est pas normatif mais purement factuel (précisément parce qu'elle se définit par la norme pour la suppression de laquelle n'existe aucune procédure normative) et entraîne une révolution juridique⁹⁴.

Pour nous, on peut bien admettre que certains principes reconnus comme intangibles s'apparentent à des normes supra-constitutionnelles. Ces principes ne sont pas expressément formulés par les textes constitutionnels mais

⁹² M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 1929, réédition CNRS, respectivement p. 255 et 269

⁹³ J.-P. DEROSIER, « La limite au pouvoir de révision constitutionnelle, du concept à la notion », in *Re-imaginer les frontières du droit constitutionnel*, VIIe congrès mondial de droit constitutionnel, Atelier IX, Les limites au pouvoir de révision d'une constitution, Sous la direction des Professeurs Claude KLEIN et Sanford LEVINSON, Athènes, 11 au 15 juin 2007, p. 3

⁹⁴ J.-P. DEROSIER, « Qu'est-ce qu'une révolution juridique ? Le point de vue de la théorie générale du droit », *RFDC*, 2015/2, n° 102, pp. 391 à 404.

découverts par le juge à travers une œuvre prétorienne parfois audacieuse. Ils sont, de ce point de vue, privés de toute origine positive. C'est le cas par exemple de certains principes à valeur constitutionnelles comme ceux issus du consensus national dégagée par le juge constitutionnel béninois⁹⁵. Ces principes lui ont permis de densifier le bloc de constitutionnalité et de censurer les lois constitutionnelles contraires aux fondations de la démocratie béninoise.

La notion de supra-constitutionnalité n'est pas une simple spéculation doctrinale. Comme l'explique le doyen Vedel, elle a un « effet opératoire »⁹⁶. Cet « effet opératoire », qui est double, peut être ainsi résumé : « *l'autorité investie du pouvoir constituant ne peut ni abroger ni modifier une norme supra-constitutionnelle d'une part, le juge constitutionnel en cas de conflit entre une norme supraconstitutionnelle et une norme constitutionnelle doit appliquer celle-là et écarter celle-ci d'autre part* »⁹⁷. La première affirmation intéresse notre propos dès lors qu'elle suppose que les principes auxquels on attribue une valeur supra-constitutionnelle jouent un rôle de limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

L'« effet opératoire » peut être suivi dans les développements de Serge ARNE et de Stéphane RIALS. Le premier affirme que les normes supra-constitutionnelles « *ne sauraient supporter aucune dérogation et mieux, aucune limite* »⁹⁸. Selon lui, la reconnaissance de ces normes s'impose même au pouvoir constituant⁹⁹. Le second, allant encore plus loin, prétend qu'« *il ne saurait jamais y avoir de 'pouvoir constituant originaire' : on ne peut envisager qu'un pouvoir constituant 'supra-*

⁹⁵ V. *infra*

⁹⁶ G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.80

⁹⁷ *Idem*

⁹⁸ S. ARNE, « Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? », *op. cit.*, p.474.

⁹⁹ *Idem*

*constitué' »*¹⁰⁰. Quant au pouvoir constituant dérivé, Stéphane RIALS et Serge ARNE notent que ce pouvoir ne peut modifier une règle supra-constitutionnelle¹⁰¹.

Toutefois, la difficulté réside dans la question de savoir comment identifier les principes supraconstitutionnels ? Même en laissant de côté le problème de leur existence, il est impossible de dresser une liste de ces principes acceptée par tous les défenseurs de la supra-constitutionnalité. C'est une situation tout à fait normale puisque ces principes ne sont pas d'origine textuelle, chaque auteur est libre de les concevoir librement et de proposer une liste différente. En tout état de cause, ces principes supérieurs devraient fortement s'inspirer du droit naturel et s'imposer comme limites matérielles à toute opération de révision constitutionnelle.

Dans la même veine les « clauses d'éternité » sont les normes constitutionnelles auxquelles on attribue un rang supérieur dans le bloc de constitutionnalité. Ces normes ont une existence positive, car elles existent dans un texte constitutionnel ; mais leur statut de supériorité par rapport aux autres normes n'a aucun fondement positif, car une hiérarchie entre les normes constitutionnelles n'est pas fondée du point de vue du droit positif.

Selon cette thèse, les dispositions auxquelles on attribue le premier rang dans la hiérarchie constituent des limites à la révision constitutionnelle. En d'autres termes, comme le remarque le doyen VEDEL, « *il y a dans la constitution des principes tellement fondamentaux qu'ils sont même à l'abri d'un futur pouvoir constituant* »¹⁰². Au plan matériel, il existerait des dispositions qui, en raison de leur importance, seront soustraites de toute révision constitutionnelle. Par conséquent ces principes seraient intangibles non seulement à l'égard du pouvoir législatif, mais même à l'égard du pouvoir constituant. Sans vouloir

¹⁰⁰ S. RIALS, « Supra constitutionnalité et systématisme du droit », *Archives de philosophie du droit*, 1986, p. 65

¹⁰¹ *Idem*

¹⁰² G. VEDEL, « Introduction », in *La Constitution et l'Europe*, Journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat, Paris, Montchrestien, 1992, p.30.

dresser une liste exhaustive de ces dispositions intangibles, il faut tout de même observer que les défenseurs de la supra-constitutionnalité déduite des dispositions et principes constitutionnels intangibles ont de farouches adversaires dont les critiques contribuent à nourrir l'analyse.

B. La contestation du caractère supra-constitutionnel des clauses d'éternité

La théorie de la supra-constitutionnalité a de sérieux adversaires qui contestent le caractère supra-constitutionnel des dispositions intangibles de la Constitution. Pour certains, de telles limites juridiques ne peuvent qu'être de rang constitutionnel. En effet, au sein de la hiérarchie des normes, une norme est supérieure à une autre dès lors qu'elle prévoit ses règles de production¹⁰³. Ainsi, une norme inférieure à la constitution est toujours susceptible d'être révisée ou supprimée selon les règles prévues par la constitution ; si elle ne l'est pas, alors elle n'est pas inférieure à la constitution.

En revanche, la constitution étant la norme suprême d'un ordre juridique, c'est-à-dire la norme « *dont la validité ne peut être expliquée par aucune autre norme effectivement édictée* »¹⁰⁴, elle prévoit elle-même sa propre révision. Dès lors, de même qu'il peut y avoir différents degrés dans la procédure de révision, c'est-à-dire qu'il peut y avoir des procédures plus ou moins complexes en fonction des dispositions constitutionnelles qu'il s'agit de réviser¹⁰⁵, de même la procédure de

¹⁰³ O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et ' la hiérarchie des normes », in *RFDC*, 1997, pp. 481 à 509

¹⁰⁴ O. PFERSMANN, « La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale, théorie, pratique, limites », in Association française des constitutionnalistes, *La révision de la Constitution, Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992*, Economica, PUAM, Paris, Aix-en-Provence, Coll. Droit public positif, 1993, p. 15.

¹⁰⁵ Ces différences de degré peuvent être appelées « différenciation hiérarchique » dans la révision de la constitution. On renverra sur ce point notamment à X. MAGNON, « Quelques mots encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence », En hommage au doyen Louis FAVOREU, in *RFDC* 2004, n° 59, pp. 595 à 617, ainsi qu'à L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, Coll. Précis, 9ème édition 2006, § 145 et s.

révision peut être logiquement limitée, c'est-à-dire que certaines dispositions peuvent lui échapper.

On considère d'ailleurs que de telles limites ne peuvent exister d'abord parce que le pouvoir constituant (dérivé) n'existe pas juridiquement et qu'il ne peut s'agir que d'un pouvoir constitué, appelé éventuellement pouvoir de révision. Ensuite, parce que si celui-ci est constitué, alors il est soumis aux règles constitutionnelles et donc pas " souverain " (dans le sens entendu ci-dessus, c'est-à-dire " illimité "). Enfin parce que, soumis aux règles constitutionnelles, le pouvoir de révision est limité (puisque tout processus juridique est un processus de limitation). Il est possible que la constitution prévoit une compétence délimitée de ce pouvoir de révision, c'est-à-dire qu'elle exclut de son champ de compétence certaines dispositions constitutionnelles¹⁰⁶.

Bien plus, on rétorque parfois au défenseur de la supra-constitutionnalité déduites des dispositions intangibles que la norme prévoyant la limite pourrait elle-même faire l'objet d'une révision dans les formes constitutionnelles afin d'être supprimée, et l'on pourrait ensuite réviser ce qui auparavant était irrévissable. Illogique, ce procédé est juridiquement impossible. En effet, pour l'empêcher, il suffirait qu'une autre norme prévoie que la norme qui prévoit la limite ne puisse être révisée ou supprimée comme c'est d'ailleurs le cas en République centrafricaine. Mais alors, il faudrait d'abord supprimer cette norme, pour supprimer ensuite la norme prévoyant la limite, pour réviser ensuite ladite limite. Et ainsi de suite, indéfiniment. C'est précisément parce que l'on peut pousser ce raisonnement à l'infini, qu'il serait long, rébarbatif, absurde et surtout impossible, qu'une limite constitutionnelle absolue soit " elle-même limitée ", c'est-à-dire qu'elle ne puisse pas, elle-même, faire l'objet d'une révision¹⁰⁷.

¹⁰⁶ J.-P. DEROSIER, « La limite au pouvoir de révision constitutionnelle, du concept à la notion », op. cit., p. 5

¹⁰⁷ La question de la " révision de la révision " a été longuement traitée par d'éminents juristes et logiciens. On ne peut y consacrer ici de longs développements : on se bornera donc à renvoyer à leurs travaux et à rappeler leurs principales conclusions. Cf. Herbert Lionel Adolphus HART, "

Dans la même perspective, la théorie de la supra-constitutionnalité est parfois démentie par l'absence de sanction effective d'une révision qui méconnaîtrait des principes prétendument supra-constitutionnels¹⁰⁸. En effet, le Conseil constitutionnel français¹⁰⁹ et son homologue sénégalais se sont jugés incompétents pour connaître d'une loi constitutionnelle¹¹⁰. Pour le Conseil constitutionnel français, en l'absence de tout contrôle sur une révision constitutionnelle, « *le pouvoir constituant est souverain, il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée* »¹¹¹. Cette décision du 26 mars 2003 marque ainsi le silence du Conseil constitutionnel sur la distinction pouvoir constituant originaire, pouvoir constituant dérivé, et même « *l'abandon de la distinction entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé* »¹¹². On ne saurait concevoir de validité effective pour une clause d'éternité sans un contrôle juridictionnel assurant son respect.

La plupart des auteurs pensent, contrairement à ce que croit Louis FAVOREU¹¹³, que les thèses de la supra-constitutionnalité ne sont soutenables que si et

Self-referring Laws », in Herbert Lionel Adolphus HART, *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford University Press, New York, 1983, pp. 170 à 178; Alf ROSS, " On self-reference and a puzzle in constitutional law ", in *Mind. A quarterly review of psychology and philosophy*, 1969, vol. LXXVIII, No. 309, pp. 1 à 24 ; Peter SUBER, *The paradox of self-amendment : A Study of law, logic, omnipotence, and change*, Peter Lang Publishing, 1990, 478 p

¹⁰⁸ M. FEKL, « Les révisions de la Constitution : stabilité et réformes de la norme fondamentale », *Petites affiches*, 10 juillet 2008 n° 138, p. 47

¹⁰⁹ Cons. const., 26 mars 2003, Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, déc. no 2003-469 DC

¹¹⁰ Pour une analyse complète du cas français, lire L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13e éd., 2005, Grande décision n° 49, pp. 867 et s.

¹¹¹ Cons. const., 26 mars 2003, déc. no 92-312 DC, préc., note n° 5.

¹¹² FI. CHALTIEL, « La souveraineté du pouvoir constituant dérivé : développements récents (À propos de la décision no 2003-469 DC du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003) », *LPA*, 2003, n° 123, p. 7 et s.

¹¹³ Selon le doyen Favoreu, le contexte dans lequel se pose le problème de la supra-constitutionnalité a changé : « la querelle entre jusnaturalistes et juspositivistes n'a plus qu'un intérêt historique et y faire appel aujourd'hui pour répondre à la question posée n'a plus de sens car le contexte n'est plus le même » (Louis FAVOREU, « Souveraineté et supra-constitutionnalité

seulement si l'on accepte l'existence d'un droit naturel¹¹⁴. Comme le souligne à juste titre le doyen VEDEL, « *si l'on veut donner à la supra-constitutionnalité une signification acceptable, il faut donc placer le juge sous l'empire, de quelque théorie qu'on l'assortisse et de quelque nom qu'on lui donne, du droit naturel* »¹¹⁵. Il est intéressant de noter que Stéphane RIALS, étant un partisan de la supra-constitutionnalité, avoue lui-même que « *l'idée de supra-constitutionnalité n'est qu'un avatar... du droit naturel* »¹¹⁶.

C'est le doyen Georges VEDEL qui fait la critique la plus systématique de la théorie de la supra-constitutionnalité. Il adresse, parmi d'autres, les critiques suivantes :

tout d'abord le doyen Vedel constate qu'« *il n'existe pas, en droit français, de normes juridiques d'un rang supérieur à celui de la Constitution* »¹¹⁷. Georges Vedel montre que « *le Conseil constitutionnel n'a jamais reçu comme juridiques des normes non formulées par les textes constitutionnels ou n'en découlant pas, ce qui exclut l'existence de normes supraconstitutionnelles ayant une valeur extraconstitutionnelle* »¹¹⁸.

La deuxième critique du doyen VEDEL consiste à dire que « *le concept de normes juridiques supra-constitutionnelles est logiquement inconstructible* »¹¹⁹. Parce que « *la supra constitutionnalité, à l'état pur, supposerait qu'il existe des règles supérieures à la Constitution et non formulées par celle-ci* » et « *qu'il appartiendra à une juridiction suprême de les découvrir et de les mettre en œuvre* »¹²⁰. Ainsi la supra-constitutionnalité « *correspondrait dans la réalité à donner la puissance initiale à un corps à qui, selon la pratique universelle, le mode*

», *Pouvoirs*, 1993, n°67, p.72). Ainsi d'après lui, « la supra-constitutionnalité n'a pas aujourd'hui besoin d'emprunter au droit naturel » (*Ibid.*, p.75).

¹¹⁴ G. Vedel, « Souveraineté et supra-constitutionnalité », *op. cit.*, p.87

¹¹⁵ *Idem*

¹¹⁶ s ; Rials, « Supraconstitutionnalité... », *op. cit.*, pp.59-60

¹¹⁷ G. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.82.

¹¹⁸ *Idem*

¹¹⁹ *Idem*, p. 87

¹²⁰ *Idem*

de désignation et le statut ne légitiment pas l'attribution d'une telle puissance
»¹²¹.

Troisièmement, d'après Georges VEDEL, « *la supra-constitutionnalité est dangereuse pour l'ordre juridique démocratique* »¹²². Seul le pouvoir constituant détient dans sa totalité la souveraineté originaire. La légitimité du juge constitutionnel trouve son fondement dans le fait que « *le pouvoir constituant peut modifier telle ou telle norme ou imposer une interprétation qui n'a pas été celle du juge* »¹²³. Selon le doyen VEDEL, « *dans cette construction, l'introduction du mythe de la supra-constitutionnalité introduirait un dérèglement total* »¹²⁴. Ainsi le souverain serait détrôné¹²⁵, et le pouvoir constituant ne serait plus un pouvoir initial. Il serait soumis « *à des conditions de légitimité alors que c'est lui qui devrait incarner ou définir la légitimité* »¹²⁶. Bref, la supra-constitutionnalité serait « *une machine à détruire le pouvoir constituant* »¹²⁷ et ouvrirait inévitablement la voie du « *gouvernement des juge* » comme on peut d'ailleurs l'observer en Afrique avec la multiplication du contrôle des lois de révision.

Enfin admettre l'idée de supra-constitutionnalité à partir d'une hiérarchie entre les dispositions d'une même constitution apparaît comme une hérésie. Si on définit la hiérarchie ici comme une relation de validité entre les différentes normes, l'hypothèse d'une hiérarchie entre les composants du bloc de constitutionnalité, suppose qu'ils doivent tirer leur validité les uns des autres. Or, comme on le sait, tous les composants du bloc de constitutionnalité, tirent leur validité de l'acte constituant. Pour le cas français, le doyen VEDEL, affirme qu'« *aucune hiérarchie ne peut être établie entre les éléments du bloc de constitutionnalité du point de vue de la validité. Leur valeur résulte pour tous du*

¹²¹ *Idem*

¹²² *Idem*, p. 92

¹²³ *Idem*, p. 94

¹²⁴ *Idem*

¹²⁵ *Idem*

¹²⁶ *Idem*

¹²⁷ *Idem*

vote au référendum constituant de 1958 qui leur a conféré un statut juridique égale »¹²⁸. Quelles que soient les critiques que l'on formule en l'endroit de la supra-constitutionnalité, certains juges constitutionnels africains semblent lui donner une valeur certaine en acceptant d'effectuer un contrôle formel des lois de révision.

II. La supra-constitutionnalité affirmée à travers l'admission du contrôle des lois constitutionnelles

L'activité prétorienne du juge constitutionnel en matière de contrôle des lois de révision contribue parfois largement au succès de la théorie de la supra-constitutionnalité. En admettant la justiciabilité matérielle des lois constitutionnelles¹²⁹ **(A)**, il concourt certainement à bâtir des principes inédits **(B)** desquels on peut déduire la marque d'une subtile supra constitutionnalité.

A. L'admission de la justiciabilité matérielle des lois de révision

Le contrôle des lois de révision ne fait pas l'unanimité. La doctrine sur la question est divisée entre ceux qui considèrent que le pouvoir constituant originaire, auteur de la Constitution, et donc source du droit, est un pouvoir juridiquement inconditionné, agissant *ex nihilo* ; alors que le pouvoir constituant dérivé, pouvoir de révision de la Constitution, prévu et organisé par celle-ci, est un pouvoir second et secondaire, donc juridiquement limité en tant qu'il s'exerce au dedans de la Constitution existante¹³⁰. On en déduit la nécessité d'un contrôle

¹²⁸ G. VEDEL, « Place de Déclaration dans le 'bloc de constitutionnalité », *op. cit.*, p. 77

¹²⁹ I. SALAMI, « Le pouvoir constituant dérivé à l'épreuve de la justice constitutionnelle », *Revue Togolaise de Sciences Juridiques*, 2011, n°0000, pp. 45-65

¹³⁰ V. R. CARRE DE MALBERG, « Contribution à la théorie générale de l'Etat », *Recueil Sirey*, tome II, 1922, pp. 483 et s. ; R. BONNARD, « Les lois constitutionnelles de 1940 », *RDP*, 1942, pp.36-90 ;

juridictionnel des lois de révision constitutionnelle en déniant toute souveraineté au pouvoir constituant dérivé par cela seul qu'il est limité par la Constitution, donc par le droit¹³¹.

Cependant, d'autres auteurs, arguant de la souveraineté du pouvoir constituant dérivé, défendent la thèse de l'incontrôlabilité de la loi de révision constitutionnelle¹³². En, s'appuyant sur cette idée, les rédacteurs de nombre de Constitutions, à l'exception notoire de la Côte d'Ivoire¹³³ ne font pas figurer sur la liste des actes assujettis au contrôle du juge constitutionnel, les lois de révision constitutionnelle. Ce qui équivaut à une exclusion, dans la mesure où le procédé utilisé amène à constater que le juge constitutionnel jouit, non pas d'une compétence de droit commun, mais plutôt d'une compétence d'attribution. Participant du mouvement de dissonance, les jurisprudences constitutionnelles offrent, sur la question de la justiciabilité des lois de révision constitutionnelle, des positions divergentes qui oscillent entre incompétence¹³⁴ et interprétation audacieuse de la Constitution.

Or, « à bien des égards, c'est par le truchement de la procédure de révision constitutionnelle que de nombreux pans de la démocratie sont supprimés et

G. BURDEAU, *Traité de science politique*, tome III, LGDJ, 1950. ; R. BADINTER, « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant », *Mélanges Jacques ROBERT*, Paris, Montchrestien, EJA, 1998, pp.217 et s.

¹³¹ A. SOMA, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Afrique noire francophone », *APJ/PJA* 5/2011, pp.619-640

¹³² G. VEDEL, « Le Conseil constitutionnel n'est pas compétent », *Le Monde*, 14 septembre 1961 ; « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, pp.173 et s ; « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n°67, pp.79 et s. ; M. BLEOU, « Sur la justiciabilité des lois de révision constitutionnelle », in *Mélanges R. DOSSOU, F.-J. AÏVO, J. du B. de GAUDUSSON, Ch. DESOUCHES et J. MAÏLA (Dir.) L'amphithéâtre et le prétoire. Au service des droits de l'homme et de la démocratie*, Paris, L'Harmattan, 2020, pp. 213-219

¹³³ V. Constitution ivoirienne du 8 novembre 2016

¹³⁴ Conseil constitutionnel sénégalais, décision du 18 janvier 2006, considérant 3. ; Dans sa décision du 9 octobre 1998 sur l'affaire n°9/C/98, le Conseil Constitutionnel se déclare incompétent pour statuer sur une loi de révision touchant à la rééligibilité à la Présidence de la République et à la réglementation de la compétition présidentielle. V. L. FAVOREU, « L'injusticiabilité des lois constitutionnelles », *RFDA*, n° 4, 2003, pp. 794-795

enlevés des textes constitutionnels »¹³⁵. De ce point de vue, le développement du contrôle des lois de révision par la juridiction constitutionnelle apparaît alors comme un rempart contre des révisions constitutionnelles opportunistes et intéressées et au demeurant, dommageables pour les acquis et avancées constitutionnelles.

Il « *n'est plus ni incongru, ni invraisemblable, d'envisager des limitations au pouvoir constituant dérivé et un contrôle éventuel de ses actes*¹³⁶. » Formulée il y a quelques années par L. FAVOREU, l'assertion mérite que l'on s'y attarde. Les lois constitutionnelles doivent respecter les dispositions de la Constitution qui règlent leur création et en particulier celles qui leur imposent des limites. Une loi constitutionnelle, serait irrégulière si elle a été adoptée en dehors de la procédure prévue à cet effet ou si son contenu est contraire aux limites qui lui sont imposées.

L'hypothèse pourrait tenir, d'abord parce qu'aucune norme n'a d'existence juridique si elle est dépourvue de sanction¹³⁷. C'est pourquoi on ne saurait concevoir de validité effective des dispositions intangibles de la Constitution sans un contrôle juridictionnel assurant son respect. Le bon sens juridique voudrait qu'à toute limite corresponde une sanction, *a fortiori* lorsque celle-ci est contenue dans la norme suprême. S'il est vrai que l'effectivité du droit constitutionnel paraît moindre en comparaison d'autres branches du droit¹³⁸, sa juridicité croissante, son ambition de saisir la politique militent en faveur d'une justiciabilité des lois constitutionnelles. Cette justiciabilité n'implique pas

¹³⁵ B.-R. GUIMDO DONGMO, « Constitution et Démocratie dans les Etats francophones d'Afrique », in O. NAREY (Dir.), *La Constitution*, Actes du Séminaire Scientifique, Association Nigérienne de Droit Constitutionnel, Niamey du 24 au 26 octobre 2018, L'Harmattan-Sénégal, 2018, p. 193

¹³⁶ L. FAVOREU, « L'injusticiabilité des lois constitutionnelles », *op. cit.*, p. 794.

¹³⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (1960), Dalloz, Paris, 1962, pp. 46 et s.

¹³⁸ O. BEAUD, « La responsabilité pénale du Président de la République. Pour une autre interprétation de l'article 68 de la Constitution », *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*, Les colloques du Sénat, organisé par l'Université Paris 13, les 11-12 mai 2001, p. 200, voir aussi *RFDA*, 2001, n° 6, p. 1193

nécessairement une sanction, la mission du juge pouvant s'arrêter au simple constat de contrariété¹³⁹.

Ensuite ; en considérant avec Carl SCHMITT que le pouvoir de révision constitutionnelle est subordonné au pouvoir constitutionnel de fondation¹⁴⁰, on aboutit fatalement à la conclusion selon laquelle la validité formelle et matérielle des lois constitutionnelles dépend nécessairement de sa conformité à la constitution. En effet, le contrôle de la constitutionnalité matérielle d'une loi constitutionnelle peut consister à vérifier si le contenu de la loi constitutionnelle est conforme ou contraire aux dispositions de la Constitution qui déterminent son contenu à travers la sanction de toute violation des limites matérielles à la révision constitutionnelle. La conséquence étant que si le pouvoir d'établissement d'une constitution est souverain et insusceptible de contrôle du point de vue du positivisme juridique, le pouvoir révision, lui, demeure subordonné au contrôle du juge constitutionnel. La logique de cette thèse conduit à l'admission du contrôle du pouvoir de révision à partir de la procédure prévue par la Constitution, de principes déclarés d'une constitutionnalité supérieure ou plus radicalement de principes créés ou découverts par le juge et inscrits dans le registre de la supra-constitutionnalité¹⁴¹.

De ce fait, le pouvoir constituant dérivé ne peut tout réviser. Le contrôle juridictionnel du pouvoir de révision est normal pour défendre un noyau dur de principes intangibles et essentiels au système démocratique.

Si le juge sénégalais refuse sur cette question de se dresser contre le pouvoir constituant dérivé, d'autres parmi ses homologues africains se sont montrés moins impressionnés par le pouvoir de révision qu'ils soumettent dans certains

¹³⁹ P. MOUZET, « Le rapport de constitutionnalité. Les enseignements de la Vème République », *RDP*, 2007, n°4, p. 977.

¹⁴⁰ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, PUF, Paris, 1993, pp. 241 à 250.

¹⁴¹ Lire avec intérêt, S. ARNE, « Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? », *RDP*, 1993, n°2, pp. 459-512 ; B. MATHIEU, « La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? », *Petites affiches*, mars 1995, p. 12.

cas au contrôle¹⁴². Ils refusent ainsi d'adopter une attitude de passivité. C'est le cas de la Cour constitutionnelle du Mali qui, dans son arrêt du 12 décembre 2001, a invalidé une loi de révision pour inconstitutionnalité¹⁴³, du Conseil constitutionnel du Tchad qui, dans sa décision du 11 juin 2004, n'a pas décliné sa compétence à connaître d'une loi de révision qu'il a validée¹⁴⁴.

C'est plus nettement le cas de la Cour constitutionnelle du Bénin qui a, pour sa part, invalidé une loi constitutionnelle prorogeant le mandat des députés¹⁴⁵. Le juge intervient ici pour faire échec au privilège d'injusticiabilité conféré aux lois de révision constitutionnelle¹⁴⁶. Cette audace jurisprudentielle n'a pas laissé indifférente la doctrine¹⁴⁷ car dans cette affaire, la Cour constitutionnelle béninoise, à travers un raisonnement subtil a jugé que la révision

¹⁴² B. KANTE, « Les juges constitutionnels et la régulation des systèmes politiques en Afrique », *Mélanges* JEAN GICQUEL, Paris, Montchrestien, 23^e éd., 2009, p. 269.

¹⁴³ V. S. BOLLE, « Le contrôle prétorien de la révision au Mali et au Tchad : un mirage ? », *RBSJA*, n°17, pp.3 et ss.

¹⁴⁴ *Idem*.

¹⁴⁵ Le texte mérite d'être partiellement reproduit : « (...) *Considérant que ce mandat de 4 ans qui est une situation constitutionnellement établie est le résultat du consensus national dégagé par la conférence des forces vives de la nation de février 1990 et consacré par la Constitution en son préambule qui réaffirme l'opposition fondamentale du peuple béninois à la confiscation du pouvoir (...) que la détermination du peuple béninois à créer un État de droit et de démocratie pluraliste (...) commandent que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la Constitution du 11 décembre 1990 et puis le consensus national principe à valeur constitutionnelle. Qu'en conséquence, les articles 1 et 2 de la loi portant révision de la Constitution* (...) *sans respecter le principe à valeur constitutionnelle rappelé sont contraires à la Constitution (...)* ». Voir N. MEDE, *Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Editions universitaires européennes, 2012, n° 13, p. 118.

¹⁴⁶ V. B. COULIBALEY, « La neutralisation du parlement constituant (à propos de la décision no DCC 06-074 du 8 juillet 2006 de la Cour constitutionnelle du Bénin) », *RDP*, n°5, 2009, p. 1493.

¹⁴⁷ V. A. SOMA, « Le contrôle de constitutionnalité des normes supra-législatives : note sous Cour Constitutionnelle, décision DCC 06-074 du 8 juillet 2006, loi constitutionnelle de prorogation du mandat des députés », in *Annuaire Béninois de Justice Constitutionnelle*, Dossier spécial 21 ans de jurisprudence de la Cour Constitutionnelle du Bénin (1991-2012), Presses Universitaire du Bénin, 2013, pp. 97 et ss. ; Voir la controverse doctrinale D. KOKOROKO –A. KPODAR à propos de la DCC 11-067 du 20 octobre 2011 relative à la loi organique portant conditions de recours au référendum dans *l'Annuaire béninois de justice constitutionnelle I-2013*, Presses Universitaires du Bénin, p. 699.

constitutionnelle du 23 juin 2006 est invalide, car elle viole non seulement certaines dispositions spécifiques de la Constitution, mais aussi le consensus national qui émerge dès lors comme principe à valeur constitutionnelle.

B. La création jurisprudentielle des normes non écrite à valeur supra-constitutionnelles

Dans sa décision DCC 06- 074 du 8 juillet 2006 la Cour constitutionnelle a invalidé la loi de révision de la Constitution adoptée le 23 juin 2006 sur la base de normes qui ne figurent pas expressément parmi les dispositions écrites contenues dans la loi suprême du 11 décembre 1990 : le consensus national. La compréhension de cette démarche appelle deux considérations.

La première considération concerne la découverte du consensus national. Comme le juge administratif français découvre au fil de son œuvre prétorienne les principes généraux du droit, le juge constitutionnel béninois a découvert le principe du respect du consensus national. Il prétend que ce consensus national, qui n'est mentionné nulle part dans le texte constitutionnel, peut être tiré de certains considérants du préambule de la Constitution, notamment ceux dans lesquels le peuple béninois affirme son « *opposition fondamentale à tout régime politique fondé sur l'arbitraire, la dictature, l'injustice, la corruption, la concussion, le régionalisme, le népotisme, la confiscation du pouvoir et le pouvoir personnel la loi constitutionnelle* » et sa « *détermination ... de créer un état de droit et de démocratie pluraliste* ».

Les dispositions de constitution politique de la loi fondamentale du 11 décembre 1990, comme la durée des mandats des élus de la Nation, sont considérées comme la résultante des discussions et concertations populaires. Elles sont le socle sur lequel tous sont consensuellement d'accord pour poser les soubassements d'une nouvelle société politique qui ambitionne avoir « la place

et le rôle de pionnier de la démocratie »¹⁴⁸. On comprend dès lors que le juge constitutionnel arrive, par interprétation téléologique, à lire en filigrane des dispositions suscitées du préambule le consensus national, c'est-à-dire le noyau dur irréductible ou le cœur incompressible de la démocratie béninoise qui s'apparente désormais à un principe supra constitutionnel.

La deuxième considération concerne la valeur juridique du consensus national. La Cour constitutionnelle est extrêmement claire sur le sujet. Aussitôt découvert, le consensus national est intégré par la Haute juridiction au bloc de constitutionnalité. Dès lors, le respect de ce consensus national devient un principe à l'aune duquel doit s'apprécier la constitutionnalité de toute nouvelle règle de droit qui naît dans l'ordonnement juridique béninois. Par conséquent, la Cour conclut que « *la Loi constitutionnelle n°2006-13 adoptée par l'Assemblée Nationale le 23 juin 2006, sans respecter le principe à valeur constitutionnelle ainsi rappelé* » est contraire à la Constitution.

Le raisonnement est logique et pour moins audacieux. D'une part, il est audacieux parce qu'il consacre l'émergence d'une nouvelle norme dont on ne trouve expressément aucune trace matérielle dans la Constitution et qu'on ne peut que déduire non point de dispositions du corps du texte constitutionnel, mais de l'esprit des considérants du préambule. D'autre part, il est audacieux, parce que la nouvelle norme est immédiatement dotée de la puissance juridique suprême et sert de fondement décisif d'invalidation immédiate d'une loi de révision constitutionnelle antérieurement adoptée à une majorité écrasante des représentants du peuple à l'Assemblée nationale. Il est enfin audacieux parce qu'il permet la censure d'une loi constitutionnelle, intégrant de ce point de vue le cercle fermé des principes constitutionnels intouchables par une opération constituante.

¹⁴⁸ V° le préambule de la Constitution du 11 décembre 1990

Ces normes non écrites¹⁴⁹ qui foisonnent dans la jurisprudence constitutionnelle béninoise suscite de nombreux questionnements quant à leur existence, leur identité, leur origine, leur fondement, leur autorité ou encore leur formulation. De telles normes traduisent la vitalité de l'interprétation constitutionnelle¹⁵⁰ qui s'affranchi progressivement des principes classiques, non sans quelques fois dévoyer l'autorité de la Constitution. Le rejet de l'interprétation « découverte » qui fait du juge constitutionnel « *une simple sentinelle tenant le fragile lumignon indiquant aux pouvoirs publics – particulièrement au pouvoir législatif, la voie constitutionnelle à suivre, selon la théorie du « lit de justice », de « l'aiguilleur » ou du « législateur négatif »* »¹⁵¹ enrichit l'œuvre prétorienne.

L'adhésion progressive à une interprétation « découverte », nonobstant les risques d'un « gouvernement des juges »¹⁵² ou d'un « coup d'Etat du droit »¹⁵³ envisagés par certains traduit la défense d'une conception large, dynamique et réaliste de la Constitution. La Constitution, toute la Constitution ne serait pas dans la Constitution¹⁵⁴. Les normes juridiques non écrites envisagée comme

¹⁴⁹ E. M. NGANGO YOUNBI, « Les normes non écrites dans la jurisprudence de la cour constitutionnelle du Bénin », Mélanges R. DOSSOU, F.-J. AÏVO, J. du B. de GAUDUSSON, Ch. DESOUCHES et J. MAÏLA (Dir.), *L'amphithéâtre et le prétoire. Au service des droits de l'homme et de la démocratie*, Paris, L'harmattan, 2020, p. 876

¹⁵⁰ F. MELIN-SOUCRAMANIEN et al. *L'interprétation constitutionnelle*, Actes de la Table Ronde de l'AIDC, Dalloz, 2005 ; F. DELPERE, « L'interprétation de la Constitution », in *La Constitution aujourd'hui*, AIDC, Recueil des Cours, XXIe session, 7-24, vol°XV, Tunis 2006 ; V. CHAMPEIL-DESPLATZ, « Théorie générale des sources du droit constitutionnel », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz 2012, pp. 247 et s., O. PFERSMANN, « Théorie de l'interprétation constitutionnelle », in *Cours internationale de justice constitutionnelle*, AIJC, Paris, Economica, 2002, pp. 351-370.

¹⁵¹ E. M. NGANGO YOUNBI, « Les normes non écrites dans la jurisprudence de la cour constitutionnelle du Bénin », *op. cit.*, p. 876

¹⁵² E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Girard, Réed. Paris, Dalloz, 2005.

¹⁵³ D. KOKOROKO, « Controverses doctrinales à propos de la décision DCC 11-067... », *ABJC, Dossier spécial. 21 ans de jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin (1991-2012)*, PUB, I-2013, p.717

¹⁵⁴ F. J. AIVO, « La crise de la normativité de la Constitution en Afrique », *op. cit.*, p.179.

« une manifestation de volonté –qu'elle soit explicite ou implicite, assortie d'effets juridiques, mais non pourvue d'*instrumentum*, c'est-à-dire qui ne comporte pas d'enveloppe formelle »¹⁵⁵, découvertes par juge constitutionnel béninois procèdent d'une telle démarche qui contribue inévitablement à enrichir le débat sur l'existence ou non des normes supposées supra-constitutionnelles. On voit très bien que par un raisonnement juridique particulièrement complexe, le juge constitutionnel béninois réussit à conférer l'indérogeabilité à certaines normes et principes qui jettent les jalons d'une supra-constitutionnalité de plus en plus incontestable et plus expressément affirmé dans le cadre du constitutionnalisme de crise.

CONCLUSION

Au terme de la présente étude, on peut confirmer qu'il existe bel et bien des normes supra-constitutionnelles dans l'ordre juridique africain. Ces normes, révélées par les dispositions intangibles de la Constitution, montrent très bien qu'il est peut-être temps de repenser le normativisme. Loin de l'unité et de la cohérence de l'ordre juridique voulu par le maître de Vienne, l'enchevêtrement normatif devient de plus en plus complexe avec en toile de fond de déclasserement de la Constitution qui devient progressivement une norme secondaire et non primaire. Au final, pour décrire le système juridique, le recours au modèle de l'ordre s'avère insuffisant. D'autres constructions ont d'ailleurs été proposées pour analyser les mouvements à l'œuvre dans le système, mouvements dont ne peut rendre compte le modèle hiérarchique. Il faut peut-être désormais véritablement explorer les concepts de « récursion »¹⁵⁶, celui de « hiérarchie

¹⁵⁵ E. M. NGANGO YOUNBI, « Les normes non écrites dans la jurisprudence de la cour constitutionnelle du Bénin », *op. cit.*, p. 880

¹⁵⁶ D. DE BECHILLON, « L'ordre juridique est-il complexe ? », in D. DE BECHILLON (Dir.), *Les défis de la complexité*, Paris, L'Harmattan, 1994, p.33

discontinue », de « pyramides inachevées », de « hiérarchies alternatives », de « hiérarchies inversées »¹⁵⁷, de « rhizomes »¹⁵⁸, d' « archipel »¹⁵⁹, de « réseaux »¹⁶⁰, de « structuration réticulaire »¹⁶¹ ou encore de « hiérarchie enchevêtrée » et de « hiérarchie en boucle »¹⁶² pour bien comprendre l'articulation des normes au sein de l'ordre juridique.

¹⁵⁷ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 91

¹⁵⁸ M. DELMAS-MARTY, « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de résolution des conflits », in J. CLAM, G. MARTIN (Dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 212

¹⁵⁹ G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, Paris, PUF, 1997, 252p

¹⁶⁰ F. OST et M. VAN DE KERVOCHE, *De la pyramide au réseau*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, p. 44

¹⁶¹ M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 181

¹⁶² P. AMSELEK, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridique », *RRJ*, 2007, p. 562

L'INTERET SOCIAL N'EST PAS OMNIPOTENT

Jacques MESTRE - Président de l'AFDD

L'intérêt social peut assurément beaucoup ! Né dans le cerveau des juges et régulièrement nourri ensuite de leur agilité intellectuelle et de leur pragmatisme, cet intérêt a pu ainsi, au gré des espèces, fonder la nomination d'un administrateur provisoire ou d'un mandataire de justice, justifier l'annulation d'une délibération pour abus de majorité, conduire au report d'une assemblée générale ou encore permettre d'accueillir une proposition de rachat de droits sociaux assurant la pérennité de la société... Et cette saga résolument conquérante n'est sûrement pas près de s'éteindre, à preuve encore ces arrêts de la Cour de cassation rendus ces dernières années.

Ici, la Cour de cassation (Cass. com., 8 nov. 2016, n° 14-21.481, *Bull. Joly Sociétés* 2017, p. 117, note P.-L. Périn, *RTD civ.* 2017, p. 147, obs. H. Barbier) n'hésite pas à considérer que si la procédure de conciliation et de sortie prévue par les statuts d'une SAS a bien vocation à s'appliquer en cas de désaccord entre les associés, son respect préalable n'emporte cependant pas, exceptionnellement, fin de non-recevoir à la demande de désignation en justice d'un administrateur provisoire dès lors que l'intérêt de la société le commande, celle-ci étant menacée d'un péril imminent du fait de la grave mésentente entre ses organes de direction.

Là, cette même juridiction (Cass.com., 14 nov.2018, n°17-11103, *Rev.sociétés* juin 2019, p.401, note D.Schmidt) précise, à propos d'une SAS dont les statuts exigeaient un juste motif pour la révocation du président, que « *la perte de confiance dans un dirigeant devient un juste motif de révocation si elle est de nature à compromettre l'intérêt social* », tandis que, s'agissant cette fois de la désignation en référé d'un mandataire ad hoc en application de l'article L.225-103, II-2° du code de commerce (muet sur ce point), elle précise que celle-ci n'est subordonnée ni au fonctionnement anormal de la société ni à la menace

d'un péril imminent ou d'un trouble manifestement illicite, et qu'elle doit seulement découler de la démonstration de sa conformité à l'intérêt social (Cass.com., 13 janv.2021, n°18-24.853, *Bull.Joly Sociétés* mars 2021, p.17, note M.Storck, *BRDA* 4/2021, n°4, p.7, *JCP E* 2021, n°374, note B.Lecourt ; voir aussi T. com. Paris, 14 oct. 2020, *Bull. Joly Sociétés* déc. 2020, p. 18, note E. Schlumberger, *RJDA* 2021, n°99, p.141, subordonnant la nomination d'un mandataire de justice aux fins de convoquer une AG au constat de sa conformité à l'intérêt social et non à l'intérêt des demandeurs à cette nomination).

Là encore, reprenant une célèbre formule qu'elle a ciselée au siècle dernier, la chambre commerciale (4 novembre 2020, n°18-20.409, *RJDA* 2021, n°170, p.231, *Rev.sociétés* févr.2021, p.90, note J.-M.Moulin, *Gaz.Pal.*30 mars 2021, p.62, note K.Rodriguez, *Bull.Joly Sociétés* févr.2021, p.38, note C.-A.Michel) rappelle que « *l'abus de majorité est caractérisé lorsque la décision d'assemblée générale contestée est contraire à l'intérêt social et qu'elle a pour but de favoriser les associés majoritaires au détriment des associés minoritaires* ». Aussi, sous le prisme de cet intérêt social, l'abus sera-t-il caractérisé lorsque, par exemple, un associé majoritaire par ailleurs gérant impose en assemblée générale une politique drastique de constitution de réserves tout en obtenant, parallèlement, et en dépit des difficultés actuelles de la société, un doublement de sa rémunération (Com., 20 février 2019, n°17-12.050, *RJDA* 2019, n°503, p.621) tandis qu'à l'inverse (ou, plutôt, réciproquement...), l'abus ne se trouvera pas retenu à l'encontre des délibérations qui, pendant sept années consécutives, ont choisi de ne pas distribuer de dividendes dès que lors que cette mise en réserve systématique était très concrètement nécessaire pour que la société obtienne un prêt bancaire finançant un projet important, puis assure sa « capacité de remboursement sûre et durable » (Com., 4 nov.2020, précité ; voir aussi, à propos d'une autre augmentation de rémunération du gérant, accompagnée de l'octroi d'une prime,

Com., 14 octobre 2020, n°18-24.732, *RJDA* 2021, n°95, p.130, invitant les juges de la cour de renvoi à rechercher, comme la première cour d'appel y avait été invitée, si ces avantages n'étaient pas justifiés par l'évolution du chiffre d'affaires de la société au cours de la période considérée).

Et s'il fallait trouver encore une raison supplémentaire de rester confiant dans l'avenir de l'intérêt social, on pourrait aller la dénicher dans ce très bel arrêt du 22 mai 2019 (Com., 22 mai 2019, n°17-13.565, *D.*2019, p.1316, note D.Schmidt), confronté à la délicate question inédite de savoir si l'administrateur d'une société mère manque, ou non, à son devoir de loyauté envers elle en ne votant pas au sein de la filiale dans le sens qu'avait préalablement décidé le conseil d'administration de la société mère...

Le cas d'espèce posait excellemment le problème puisque, en l'occurrence, le conseil d'administration de la société avait décidé à la majorité de ses membres que ses deux actionnaires majoritaires se porteraient ensuite candidats à la présidence et à la direction générale des filiales, et que certains administrateurs de la mère, également membres du conseil d'administration des filiales, avaient cependant voté ensuite contre lesdites candidatures ! Or, dans l'appréhension de cet exemplaire conflit d'intérêts, la solution donnée par la Haute juridiction est des plus intéressantes car éminemment respectueuse de l'intérêt social des filiales : pour se prononcer sur un prétendu manquement au devoir de loyauté, les juges se voient en effet tenus de « *rechercher si la décision prise par le conseil d'administration de la société mère n'était pas contraire à l'intérêt social de ses filiales* ». Autrement dit, en cas de conflit d'intérêts entre mère et fille, l'administrateur des deux doit, tout au moins dans le cadre de la gestion de cette dernière, donner la priorité à la fille, c'est-à-dire à celle pour laquelle il est en situation concrète de décisionnaire.

Mais si l'intérêt social peut ainsi beaucoup, il ne peut pas tout, et ce pour deux raisons principales qu'on évoquera brièvement.

La première, c'est qu'il est parfois des textes dont le respect conduit tout naturellement à ne pas faire de place particulière à l'intérêt social. Prenons ainsi l'article L.235-1 du Code de commerce qui précise les cas de nullité des actes modifiant les statuts d'une société commerciale ou des délibérations adoptées en cours de vie sociale et ne poursuivant pas cet objectif. Sauf à faire dire au texte ce qu'il ne dit pas, la contrariété à l'intérêt social n'y apparaît pas comme une source de nullité et, fort logiquement, la jurisprudence s'en tient à cette solution, ainsi que l'illustre un récent arrêt de la Cour de cassation (Cass.com., 13 janv.2021, n°18-21.860, *Bull.Joly Sociétés* avr.2021, p.13, note E.Schlumberger, *D.*2021, p.399, note D.Schmidt, *JCP E* 2021, n°75) censurant pour violation de la loi une cour d'appel qui avait annulé la délibération de l'AG d'une société octroyant une rémunération exceptionnelle à son dirigeant au seul motif de sa contrariété à l'intérêt social, et donc sans caractériser une violation des dispositions légales s'imposant aux sociétés commerciales ou des lois régissant les contrats, ni relever l'existence d'une fraude ou d'un abus de droit commis par un ou plusieurs associés (rapp., dans le cadre de SARL, Com., 12 mai 2015, n°13-28.504, *D.*2015, p.1096, obs.A.Lienhard ; 14 févr. 2018, n° 15-24.146, *RJDA* 2018, n° 512, p. 590 ; et pour les SAS, Com., 14 févr. 2018, n° 16-16.013, *Rev. sociétés* 2018, p. 378, note R. Dalmau ; Com., 19 sept.2018, n°17-17600, *Dr.sociétés* 2018, n°207, obs.J.Heinich, *Bull.Joly Sociétés* 2018, p.627, note J.-J.Barbièri).

La seconde raison, c'est que depuis la réécriture de l'article 1833 du Code civil par la loi n°2019-486 du 22 mai 2019, l'intérêt social se trouve désormais pris en quelque sorte dans une tenaille susceptible de le gêner aux entournures...

En effet, d'un côté, le nouvel alinéa 2, fruit de longues et profondes réflexions, consécutives au rapport Notat-Sénard sur « *L'entreprise, objet d'intérêt collectif* », précise aujourd'hui que « *la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». L'intérêt social, certes, fait ainsi sa grande entrée textuelle dans notre droit des sociétés, et au cœur même du droit commun, de sorte qu'il rayonne pour toutes les sociétés tant commerciales que civiles, tant plurales qu'unipersonnelles ! Mais l'innovation reste cependant d'une interprétation délicate, à travers des termes invitant la gouvernance des sociétés à prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de l'activité sociétaire. Qu'est-ce à dire exactement ? Littéralement, que ces enjeux resteraient peut-être extérieurs à l'intérêt social proprement dit, mais qu'il faudrait cependant les considérer ? Bref, qu'il doit en tenir compte, sans toutefois les rendre prédominants ! Avouons que la tâche des dirigeants ou celle encore du juge ne sera pas demain des plus aisées, et que la meilleure attitude sera sans doute à l'avenir, tout au moins dans le cadre de la gouvernance, de prévoir des processus décisionnels qui intègrent systématiquement les perspectives sociales et environnementales, procèdent à des études d'impact et surtout, s'ils ne suivent pas au final les directions souhaitables en ces domaines, que ces organes sociaux fassent œuvre de transparence et de pédagogie en expliquant les raisons de leur choix...

Et de l'autre côté, l'alinéa 1^{er} de l'article 1833 continue pour sa part de se référer à « *l'intérêt commun des associés* » en précisant *in fine* que la société doit être constituée dans cet intérêt. Or à l'évidence, cet intérêt-là, auquel un rôle juridique est ainsi dévolu, n'est pas lui-même l'intérêt social visé à l'alinéa 2, et tout particulièrement en est-il ainsi depuis que des associés ou *sharedolders*, se trouvent désormais clairement distingués, *via* l'intérêt social *new look* de la loi

Pacte, des parties prenantes ou *stakeholders*...Autrement dit, l'intérêt commun des seuls associés ne va-t-il pas demain trouver en jurisprudence un nouvel écho susceptible sinon de contrebalancer la place de l'intérêt social, du moins d'occuper parfois prioritairement le terrain ? Un récent arrêt de la Cour de cassation (Com., 30 sept. 2020, n° 18-22.076, D.2020, p.2273, note D.Schmidt, *RJDA* 2021, n° 23, p. 32, *Bull. Joly Sociétés* déc. 2020, p. 22, note E. Guégan) nous paraît de nature à le suggérer, en venant préciser que la collusion frauduleuse ayant animé des associés majoritaires lors d'une augmentation de capital et ayant conduit à priver une associée minoritaire d'une partie de ses droits en diluant sa participation au capital social, engageait leur responsabilité civile personnelle même si la contrariété de cette augmentation du capital à l'intérêt social n'était pas établie. Comme l'a donc intitulé notre collègue Dominique Schmidt dans sa note précitée au *Recueil Dalloz*, « *Intérêt commun des associés et intérêt social : indépendance ou subordination ?* ». L'avenir nous le dira sans doute...

LE DOCTORAT PAR LA VALIDATION DES ACQUIS DE L'EXPERIENCE

Michel DI MARTINO Expert-comptable, Commissaire aux comptes -
Président du Tribunal de commerce de Lons-le-Saunier
Membre de l'AFDD

Le doctorat par la VAE correspond à une autre forme de reconnaissance du chercheur.

L'acceptation de cette procédure pour l'obtention d'un doctorat, désormais inscrit au Répertoire Nationale des Certifications Professionnelles, est une démonstration d'une image plus professionnelle de la recherche ; lequel doctorat peut mener à divers emplois de chercheur et pas uniquement à l'emploi classique d'enseignant-chercheur.

« Avec le doctorat par la VAE, l'activité de recherche apparaît de moins en moins cantonnée à la seule sphère académique de l'enseignement supérieur et peut couvrir bien d'autres domaines d'activité.

Enfin, plus largement, peut-être sommes - nous par là en train d'assister à la reconnaissance d'une autre forme de développement de la recherche dans la société, une autre alliance entre formation des savoirs et développement de l'action ? » (2)

Qu'est-ce que la validation des acquis de l'expérience (VAE) ?

Par la VAE, l'université reconnaît et valide l'expérience professionnelle et personnelle, afin d'obtenir, après une procédure, un diplôme national de l'enseignement supérieur.

L'obtention d'un doctorat par la VAE permet à un candidat d'obtenir le titre de docteur, comme celui obtenu dans le cadre de la formation initiale.

NB : les personnes rattachées à un établissement ne peuvent pas s'inscrire et faire valider leurs acquis dans ce même établissement.

(1) Extraits du vademecum VAE et doctorat (CDSUFC-2013)

(2) Isabelle HOVOT, experte thématique pour EPALE France, maître de conférences à l'Université de Lorraine.

LES ETAPES DE LA VAE EN RESUME

Les étapes d'une demande de diplôme par la VAE sont les suivantes :

1. Conseil sur l'orientation :

Le candidat prend contact avec le conseiller VAE du service « formation continue » de l'établissement d'inscription et produit :

- Un CV détaillé
- Un dossier comprenant l'ensemble de ses publications, travaux, ouvrages, etc... fruits e son expérience.

Le candidat est ensuite orienté vers l'Ecole Doctorale concernée. Après étude et acceptation du dossier et à défaut de proposer un directeur de recherche HDR, l'Ecole Doctorale proposera un enseignant-chercheur HDR qui sera à la fois le directeur de recherche et le tuteur du candidat.

NB : Le diplôme de Master (ou équivalent) n'est pas obligatoire mais fortement recommandé.

2. Recevabilité administrative et pédagogique :

(Variable suivant les universités)

Le candidat constitue un dossier de recevabilité qui comprend en général :

- Un CV détaillé précisant les expériences professionnelles
- Une lettre de motivation qui doit préciser le contexte de la demande et le projet professionnel.
- Une présentation des travaux de recherche, publications, articles, ouvrages, etc... (une copie des extraits est demandée).
- Une proposition de deux rapporteurs externes à l'université, choisis en accord avec le directeur-accompagnateur.

Après validation du dossier par l'Ecole Doctorale, celui-ci est transmis aux deux rapporteurs externes.

L'avis favorable de recevabilité pédagogique des deux rapporteurs et du directeur de l'Ecole Doctorale permet l'inscription administrative du candidat pour soutenir son doctorat devant un jury, normalement en un an.

Précision : la durée minimale d'activité requise pour la demande de validation par les acquis de l'expérience est d'un an, activité exercée de façon continue ou non.

Les textes qui régissent la VAE sont :

- La loi N° 2016-1088 du 8 août 2016 :
« Le diplôme de doctorat obtenu par la VAE sanctionne la reconnaissance du caractère original d'une démarche de recherche dans un domaine scientifique ou technologique, la maîtrise d'un sujet de recherche ainsi que la capacité à construire une stratégie de recherche scientifique, à la mettre en œuvre et à en exploiter les résultats. Le doctorat obtenu par VAE doit ainsi répondre à des exigences de qualité de très haut niveau, identiques à celles d'un doctorat obtenu par la voie normal. (1)

(1) Extrait de la notice Doctorat par la VAE – Université de Bourgogne-Franche Comté.

3. La rédaction du dossier VAE :

Le candidat doit rédiger un dossier qu'il devra présenter et soutenir devant le jury.

Ce dossier doit être constitué de deux parties :

- Retour réflexif sur la progression du parcours professionnel et personnel de chercheur au travers de l'évolution du parcours, de l'analyse des activités, et de l'identification des compétences.

- Analyse du travail et des méthodes d'une ou plusieurs recherches déjà effectuées : argumentation sur les résultats scientifiques, réécriture de travaux et développement par le candidat selon des critères méthodologiques explicités... (livres, ouvrages, publications nationales et internationales, communications dans des congrès nationaux et internationaux avec publication des actes, autres communications type séminaires, colloques, rapports scientifiques, rapports techniques, rapports d'études, brevets et innovations...). La maîtrise du sujet de recherche ainsi que la capacité à dérouler une stratégie de recherche scientifique, à la mettre en œuvre et en exploiter les résultats doit être démontrée.

Le dossier manuscrit présentant les travaux du candidat au doctorat est préalablement examiné par au moins deux rapporteurs désignés par le chef d'établissement, habilités à diriger des recherches ou appartenant à l'une des catégories mentionnées au 1° et au 2° de l'article 16 de l'arrêté du 25 mai 2016, sur proposition du directeur de l'Ecole Doctorale, après avis du référent VAE HDR. Les deux rapporteurs doivent être extérieurs à l'Ecole Doctorale et n'ont aucune implication dans le travail du candidat.

Les rapporteurs font connaître, au moins quatorze jours avant la date prévue pour la soutenance, leur avis par rapports écrits. Après avis du directeur de l'Ecole Doctorale, le chef d'établissement autorise la soutenance.

Ces rapports sont communiqués au jury et au candidat VAE doctorat avant la soutenance. Le référent VAE HDR siège au jury, mais sans voix délibérative.

Un rapport de soutenance de doctorat rédigé par tous les membres du jury, sera remis au candidat dans le mois qui suivra la soutenance.

4. La soutenance :

La soutenance se déroule selon le processus d'un doctorat classique :

Le jury :

La composition du jury de doctorat en VAE respecte tout à la fois les dispositions prévues pour la composition d'un jury de VAE et celles qui président à l'élaboration d'un jury de thèse. Le jury est désigné par le chef d'établissement après avis du directeur de l'Ecole Doctorale, sur proposition du référent VAE HDR. Très schématiquement, le jury VAE de doctorat est composé de 6 membres dont 2 rapporteurs :

- 3 membres appartenant à l'établissement
- 3 membres extérieurs

Sa composition doit permettre une représentation équilibrée des femmes et des hommes. La moitié du jury au moins doit être composée de professeurs ou personnels assimilés. Les membres du jury désignent parmi eux un président et, le cas échéant, un rapporteur de soutenance. Le président doit être un professeur ou assimilé ou un enseignant de rang équivalent.

Déroulement de la soutenance :

L'objectif du jury est d'interroger le candidat sur les travaux marquants effectués et réalisés et sur sa personnalité professionnelle.

Après la présentation du candidat, le jury procède ensuite à des échanges et questions-réponses.

La durée de la soutenance varie de 1 heure 30 à 3 heures.

La délibération du jury, après soutenance, peut prendre 3 formes :

- Validation totale
- Validation partielle (avec précision des connaissances devant faire l'objet d'une nouvelle soutenance...)
- Refus de validation.

EXPERIENCE REELLE

Présentation de la soutenance de thèse par la VAE de Mr Michel DI MARTINO, auprès de l'Université de BOURGOGNE FRANCHE-COMTE.

- Thèse préparée à l'Ecole Doctorale de Droit, Gestion, Sciences Economiques et Politiques (DGEP n° 593).
- Laboratoire Centre de Recherches Juridiques de Franche-Comté (CRJFC-EA 3225).
- Doctorat de Droit Privé.
- Titre de la thèse :
L'EFFICIENCE ET DIFFICULTES DU DROIT DES PROCEDURES AMIABLES ET COLLECTIVES.

Le déroulement de la demande de soutenance a été le suivant :

1. Dépôt d'un dossier de demande de recevabilité administrative et pédagogique

Le dossier a été présenté en deux parties :

1.1. Un dossier administratif

- Un imprimé CERFA N°12818-02
- Un CV détaillé et expériences professionnelles
- Une carte d'identité
- Les diplômes
- Une attestation d'emploi et d'activité consulaire
- Une lettre de motivation
- Une attestation de prise en charge financière
-

1.2. Un dossier concernant les travaux de recherches présentés

- Note de présentation des thématiques et résultats de recherche (Note récapitulative)
- Liste des publications et ouvrages rédigés en matière de droit des entreprises en difficulté (avec extraits)
- Conférences et communications régionales et nationales
- Présentation des supports de formation rédigés (avec extraits)

Le tout, classé par année de rédaction.

2. Rapport des deux rapporteurs externes à l'Université de Bourgogne Franche-Comté

- Mme Jocelyne VALLANSAN, agrégée des facultés et conseillère à la Cour de cassation (ch. Commerciale)
- Mr Denis VOINOT, professeur de droit privé à l'Université de Lille

désignés rapporteurs, ont tous les deux, à partir du dossier de demande de recevabilité administrative et pédagogique, rédigé un rapport et émis un avis favorable sur la demande de doctorat par validation des acquis de l'expérience. A noter que l'avis des rapporteurs, à ce niveau, est déterminant pour l'acceptation du dossier par l'Ecole Doctorale.

Le tout, en liaison avec le service Formation Continue de l'Université.

Extrait du rapport présentant le parcours professionnel et le parcours scientifique du candidat :

« Le parcours scientifique :

Parallèlement à ses activités professionnelles, ou plus exactement, ses activités pratiques de terrain, M. DI MARTINO justifie d'une activité scientifique impressionnante qu'il a orientée vers les entreprises en difficulté. Il a publié ouvrages et articles dans des maisons d'éditeurs reconnues. Ses travaux, de grande qualité, présentent l'avantage de ne pas être académiques et d'aborder la matière des difficultés des entreprises par leur aspect pratique et financier.

Principalement son ouvrage reconnu « Procédures amiables et collectives », publié en 2018 aux éditions Lexis Nexis, est le fruit conjugué de ses réflexions après de nombreuses années passées au chevet des entreprises en difficulté, tant en sa qualité d'expert-comptable / commissaire aux comptes, que celle de juge consulaire et président de tribunal. Ce double regard allié aux formations de haut niveau qu'il a suivi avec succès l'a conduit à rédiger un ouvrage très bien construit et bien rédigé, complémentaire des ouvrages académiques ou théoriques qui existent dans ce domaine juridique très riche et complexe.

Pour toutes ces raisons, le haut niveau professionnel et rédactionnel de M. DI MARTINO, justifie pleinement sa demande de validation des acquis de son expérience pour l'obtention du titre de docteur en droit. »

Après l'avis favorable des deux rapporteurs, l'admissibilité a pu être prononcée par l'Ecole Doctorale, DGEP.

Mme Christine LEBEL, Maître de conférences en droit privé, HDR, de l'Université de Bourgogne Franche-Comté a accepté de diriger les travaux de la thèse.

3. Présentation du dossier de soutenance et des travaux de recherches réalisés

Conformément aux textes et aux principes qui régissent la VAE et l'obtention du doctorat, le dossier a été constitué de 2 parties :

1. PARCOURS PROFESSIONNEL

Il a été présenté dans ce dossier le parcours professionnel, l'expérience, les différentes activités du candidat expert-comptable, commissaire aux comptes, responsable juridique, juge et président de tribunal de commerce, animateur de formation, auteur d'ouvrages et d'articles.

L'aspect recherche permanent a été mis en avant dans le déroulement de la carrière.

2. TRAVAUX ET RECHERCHES REALISES

Cette partie a présenté les travaux et recherches effectués.

Les thématiques sélectionnées ont été exposées, eu égard à leur aspect de recherche et de pédagogie.

C'est cette partie du dossier de soutenance qui a fait l'objet de la thèse intitulée : « L'EFFICIENCE ET LES DIFFICULTES DU DROIT DES PROCEDURES AMIABLES ET COLLECTIVES ».

Une fois rédigée, la thèse a été soumise à deux rapporteurs extérieurs :

- Mr Denis VOINOT, Professeur à Lille
- Mr Vincent PERRUCHOT-TRIBOULET, Maître de conférences HDR à l'Université d'Aix en Provence,

qui ont émis un avis favorable à la soutenance.

NB : Une thèse présentée par la VAE n'est pas forcément un long fleuve tranquille...

Sans être académiques, les travaux et recherches présentés dans la thèse sont le fruit conjugué de réflexions, après de nombreuses années passées au chevet des entreprises en difficulté, tant en qualité d'expert-comptable et de commissaire aux comptes, qu'en qualité de juge consulaire et de président d'un tribunal de commerce.

Des réflexions accompagnées de propositions et de solutions.

Une thèse originale multi-thèmes et pratique.

Durée de la thèse : 16 mois.

Le jury, (comme pour la thèse classique), a été composé comme suit :

Directrice de thèse : Christine LEBEL, Maître de conférences HDR, en droit privé
– Université de Bourgogne Franche-Comté.

Composition du jury :

Président : M. Jean-Pierre LEGROS, Professeur de droit privé – Université de Bourgogne Franche-Comté.

Rapporteurs :

- M. Denis VOINOT, Professeur de droit privé – Université de Lille
- M. Vincent PERRUCHOT-TRIBOULET, Maître de conférences HDR, Université d'Aix-Marseille

Examineurs :

- Mme Jocelyne VALLANSAN, Professeur de droit privé, en détachement à la Cour de cassation
- Mr Régis VABRES, Professeur de droit privé – Université de Lyon III (Représentant l'Ecole Doctorale DGEP).

Directrice de l'Ecole Doctorale DGEP (n° 593), Mme Karine BRISSET

Directrice de Laboratoire CRJF (EA 3225), Mme LAPEROU-SCHENEIDER.

Après deux heures et demie d'interrogatoire et d'entretiens, le jury a accordé le titre de Docteur en droit privé au candidat, avec félicitations, le 29 mars 2021.

Rappel : Ce doctorat est le troisième accordé depuis l'existence du doctorat par la VAE dans le domaine du droit...

Remerciements sincères à tous les membres du jury, à ma directrice de thèse, aux directrices de l'Ecole Doctorale DGEP de Besançon et à la directrice du Laboratoire CRJFC de Besançon, qui m'ont toujours soutenu dans ce projet.

ANNEXE

LE DOCTORAT PAR LA VAE – QUELQUES STATISTIQUES

14 100 doctorats ont été délivrés en 2018 en France (1) (derniers chiffres connus).

Entre 2008 et 2017, soit en 10 ans, 23 établissements d'enseignement supérieur ont délivré 104 doctorats par VAE (dont 25 sur chacune des années 2016 et 2017).

Sur ce total de 104 doctorats obtenus :

- 92 sont du domaine des sciences, technologies et santé
- 7 sont du domaine des sciences humaines et sociales
- 3 du domaine des arts, lettres et langues
- 2 du domaine du droit économique et gestion (2)

Deux universités (Strasbourg et Paris VI) ont délivré à elles seules 41 doctorats en VAE.

Le CNAM : 8

56 universités sur 78 n'ont pas encore délivré de doctorat par VAE. (2)

En 2018, la VAE totale a été accordée à un peu plus d'une vingtaine de doctorats, hommes et femmes à parts égales (3), soit 20 doctorats en VAE pour plus de 14 000 doctorats décernés.

Pour 2019, la VAE totale a été accordée à une vingtaine de doctorats. (6)

Bien qu'étant en progression depuis 2006, les thèses en matière de droit des entreprises en difficulté sont peu nombreuses. (4)

Dans cette matière, on compte 751 thèses sur 49 234 thèses de droit répertoriées et 60 seulement, sur les 9 703 doctorats de droit en préparation enregistrés au 20 septembre 2020 (5), soit 0.62 % du total des thèses à soutenir.

NB : Suite à l'obtention du doctorat de droit en VAE par l'auteur du présent article, en mars 2021 :

- L'université de Bourgogne-Franche Comté figure désormais dans la liste des universités qui ont délivré un doctorat en VAE.
- Le rédacteur de l'article (DI MARTINO Michel) devient le troisième candidat ayant obtenu un doctorat par la VAE dans le domaine du droit.

(1) Statistiques 2018 du ministère de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation (MESRI). § 38

(2) Rapport EPALE sur le doctorat par VAE. Mme Isabelle HOVOT, maître de conférences – Université de Lorraine.

(3) Note d'information 19-14 de novembre 2019 du SIES MESRI. Pages 2 et 3.

(4) Bertille GHANDOUR – Thèse 2018 – P.9

(5) Thèses.fr

(6) Note d'information 20-17 de décembre 2020 du SIES MESRI – page 3.

Bail commercial : l'indemnité d'éviction est conforme à la Constitution

Paul GAIARDO - Docteur en droit de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Membre de l'AFDD

Une source importante du contentieux commercial résulte du non-renouvellement de baux commerciaux à l'initiative des bailleurs¹⁶³. Ces derniers peuvent en effet vouloir très légitimement récupérer le plein usage de leur bien afin de le donner à bail à un autre locataire, de le vendre vide ou encore d'en profiter pour eux-mêmes. Or, en vertu de l'article L. 145-14 du code de commerce, tout bailleur commercial est obligé de payer une indemnité d'éviction au preneur afin de permettre à ce dernier de continuer son activité¹⁶⁴. Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, l'évaluation de cette indemnité relève du pouvoir souverain des juges du fond¹⁶⁵. Il existe donc un risque important de divergence dans l'évaluation pécuniaire des indemnités, deux tribunaux ou cours d'appel pouvant avoir une appréciation très différente des éléments factuels qui leur sont soumis.

Le risque d'arbitraire dans l'évaluation des indemnités d'éviction est cependant limité, semble-t-il, par deux voies distinctes. D'une part, les indemnités d'éviction sont souvent évaluées après que des expertises amiables puis une expertise judiciaire ont eu lieu. La pratique judiciaire et l'expérience des experts permettent dans la mesure du possible d'uniformiser le mode de calcul de l'indemnité d'éviction. D'autre part, l'alinéa 2 de l'article L. 145-14 du code de commerce précise que l'« *indemnité comprend notamment la valeur marchande du fonds de commerce, déterminée suivant les usages de la profession, augmentée éventuellement des frais normaux de déménagement et de réinstallation, ainsi que des frais et droits de mutation à payer pour un fonds de même valeur, sauf*

¹⁶³ A. Reygrobelle et a., *Droit et pratique des baux commerciaux 2021/2022*, Dalloz Action, Dalloz, 2020, Titre n°55, p. 726 et s.

¹⁶⁴ F. Terré, Y. Lequette, Ph. Simler, F. Chénéde, *Droit civil - Les obligations*, 12^e éd., Précis, Dalloz, 2018, §665, p. 740.

¹⁶⁵ V. par exemple, Civ., 3^e, 15 octobre 2008, *Bull. civ. III*, n°151, n°07-17.727 ; Ph.-H. Brault, « Appréciation de l'indemnité d'éviction en cas de transfert d'activité dans des locaux équivalents : pouvoir souverain d'évaluation des juges du fond », *Loyers et copropriété*, n°12, Décembre 2008, n 281.

dans le cas où le propriétaire fait la preuve que le préjudice est moindre ». Autrement dit, la loi indique expressément les éléments à prendre en compte pour déterminer le montant de l'indemnité d'éviction. Pour un auteur, « [i]l en résulte que le bailleur doit, en principe, régler une indemnité compensant la perte du fonds, sauf s'il peut rapporter la preuve que le préjudice subi par le preneur sera inférieur si l'activité est transférée »¹⁶⁶. Deux situations semblent donc pouvoir être distinguées¹⁶⁷ : soit le refus de renouvellement entraîne la perte du fonds, et le bailleur doit payer une indemnité de *remplacement* ; soit le fonds de commerce peut être transféré malgré le refus de renouvellement, et le bailleur doit payer une indemnité de *déplacement* (ou de transfert). Les deux types d'indemnité ne sont pas évalués selon la même méthode puisque, d'un côté, il s'agit de remplacer un fonds de commerce par un autre, tandis que, d'un autre côté, il s'agit simplement de permettre à un fonds d'être déplacé en un autre endroit sans perte importante de clientèle¹⁶⁸.

Mais il n'en reste pas moins que, sauf à démontrer que les conditions de l'article L. 145-17 du code de commerce permettant au bailleur de refuser de payer une indemnité sont remplies, tout non-renouvellement d'un bail commercial entraîne le paiement d'une indemnité, dont le montant peut être particulièrement conséquent¹⁶⁹.

Un bailleur qui ne souhaitait pas payer une indemnité d'éviction a décidé de soulever l'inconstitutionnalité de l'article L. 145-14 du code de commerce en posant au tribunal judiciaire de Paris la question suivante : « *l'article L.145-14 du code de commerce est-il conforme à la Constitution et au bloc de constitutionnalité, précisément au droit de propriété garanti par les articles 2 et*

¹⁶⁶ M.-P. Dumont-Lefrand, « Bail commercial », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2019, §444.

¹⁶⁷ Lorsque la valeur du fonds est supérieure à la valeur du droit au bail, sinon le preneur est indemnisé de la valeur du droit au bail.

¹⁶⁸ M.-L. Sainturat, « Bail commercial. – Refus de renouvellement avec indemnité d'éviction. – Ouverture du droit à indemnité. – Débiteurs. Créancier. Montant de l'indemnité », *Jurisclasseur Bail à Loyer*, Lexis360, 2020, §81.

¹⁶⁹ D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, Cours, Dalloz, 2020, §365, pp. 360-362.

17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, à la liberté contractuelle garantie par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, à la liberté d'entreprendre protégée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, au principe d'égalité garanti par l'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958 et les articles 1 et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, et respecte-t-il la compétence réservée à la loi par la Constitution de 1958 ? »

La question prioritaire de constitutionnalité ayant été transmise à la Cour de cassation par une décision du tribunal judiciaire de Paris du 17 septembre 2020, celle-ci a, dans un arrêt du 10 décembre 2021 (n°20-40.059), décidé de la renvoyer au Conseil constitutionnel. Les conditions d'applicabilité de la règle au litige et d'absence de déclaration préalable de conformité à la Constitution étant remplies, seule la condition relative au caractère sérieux de la question se posait. Pour la Cour, « *[c]ette question présente un caractère sérieux en ce que, en retenant que l'indemnité d'éviction doit notamment comprendre la valeur vénale du fonds de commerce défini selon les usages de la profession sans prévoir de plafond, de sorte que le montant de l'indemnité d'éviction pourrait dépasser la valeur vénale de l'immeuble, la disposition contestée est susceptible de porter une atteinte disproportionnée au droit de propriété du bailleur* ».

Une telle motivation était intéressante à deux égards au moins. En premier lieu, la Cour de cassation se concentrait exclusivement sur le droit de propriété du bailleur. Elle ne disait rien des autres griefs qui avaient été soulevés, ce qui était de nature à démontrer qu'elle considérait qu'ils n'étaient pas suffisamment fondés pour justifier un renvoi. Autrement dit, il résultait de sa décision que seul le droit de propriété posait véritablement une difficulté quant à la conformité de l'article L. 145-14 du code de commerce à la Constitution. Elle indiquait donc au Conseil constitutionnel qu'il devait, à son avis, se concentrer sur ce point. En second lieu, la Cour de cassation précisait que, ce qui lui semblait inconstitutionnel était que « *le montant de l'indemnité d'éviction [pourrait] dépasser la valeur vénale de l'immeuble* ». Elle semblait donc proposer au Conseil

constitutionnel de déclarer l'article L. 145-14 du code de commerce conforme à la Constitution en posant une réserve d'interprétation prévoyant qu'un bailleur ne peut avoir à payer une indemnité d'éviction qui est supérieure à la valeur vénale de son bien.

Dans sa décision du 5 mars 2021 (QPC n°2020-887), le Conseil constitutionnel a décidé que « *[l]es mots "comprend notamment la valeur marchande du fonds de commerce déterminée selon les usages de la profession" figurant au second alinéa de l'article L. 145-14 du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce, sont conformes à la Constitution* ». Pour se prononcer ainsi, il a examiné les moyens d'inconstitutionnalité relatifs au droit de propriété (I) et au principe d'égalité (II) et a motivé sa décision sur ces points. Il s'agissait donc, pour lui, des moyens les plus sérieux de nature à justifier une déclaration d'inconstitutionnalité. En revanche, il n'a rien dit de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre, alors que ces moyens ne manquaient pourtant pas de pertinence (III).

I. Une atteinte au droit de propriété des bailleurs proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur de protéger la viabilité des entreprises

Le paiement d'une indemnité d'éviction est susceptible de remettre en cause la propriété du bailleur qui ne peut disposer de son bien comme il l'entend au terme du bail qu'il a consenti. L'atteinte au droit de propriété était dès lors inéluctablement établie, ce que le Conseil constitutionnel a expressément relevé dans sa décision (§7-8). Conformément à la méthode de raisonnement utilisée par le Conseil constitutionnel, il convenait de déterminer si cette atteinte était

proportionnée au regard de l'objectif poursuivi par le législateur en adoptant l'article L. 145-14 du code de commerce¹⁷⁰.

La réponse à cette question n'avait rien d'évident. Une déclaration d'inconstitutionnalité n'aurait pas été inédite puisque le Conseil constitutionnel a déjà déclaré inconstitutionnelles des dispositions portant une atteinte disproportionnée au droit de propriété. Mais en même temps, le nombre de décisions en ce sens est relativement restreint¹⁷¹. Par ailleurs, seules deux décisions s'approchaient quelque peu de la question de la conformité à la Constitution de l'indemnité d'éviction prévue par le régime du bail commercial¹⁷². Plus précisément, en matière d'expropriation, dans le cas précis de l'appel de l'ordonnance du juge fixant l'indemnité d'expropriation, le Conseil constitutionnel a déclaré non conformes à la Constitution des dispositions législatives autorisant l'expropriant à prendre possession des biens expropriés, quelles que soient les circonstances, moyennant le versement d'une indemnité égale aux propositions qu'il a faites et inférieure à celle fixée par le juge de première instance et consignation du surplus¹⁷³. Un tel dispositif avait été déclaré inconstitutionnel au

¹⁷⁰ S. Hennette-Vauchez, D. Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 4^e éd., HyperCours, Dalloz, 2020, §997, p. 715.

¹⁷¹ F. Mélin-Soucramanien, P. Pactet, *Droit constitutionnel*, 39^e éd., Université, Dalloz, 2020, §1529, p. 585.

¹⁷² Quant aux autres décisions d'inconstitutionnalité en matière de droit de propriété, celles-ci portent sur des dispositions qui s'écartent beaucoup de l'article L. 145-14 du code de commerce et ne permettent pas de systématiser avec assurance l'étendue du contrôle et la politique jurisprudentielle adoptées par le Conseil constitutionnel en matière de droit de propriété (Cons. constit., QPC n°2012-226 du 6 avril 2012 ; Cons. constit., QPC n°2011-182 du 14 octobre 2011 ; Cons. constit., QPC n°2011-212 du 20 janvier 2012 ; Cons. constit., DC n°2015-718 du 13 août 2015). Par exemple, le législateur ne peut adopter des dispositions visant à remettre en cause la position dominante de certaines entreprises dans le commerce de détail pouvant conduire à la remise en cause des prix ou des marges pratiqués par l'entreprise ou le groupe d'entreprises ainsi que, le cas échéant, à l'obligation de modifier, compléter ou résilier des accords ou actes, ou de céder des actifs alors même que la position dominante de l'entreprise ou du groupe d'entreprises a pu être acquise par les mérites et qu'aucun abus n'a été constaté (Cons. constit., DC n°2015-715 du 5 août 2015). Le Conseil constitutionnel a également décidé que le passif d'une personne morale ne peut être inclus dans celui du dirigeant du seul fait qu'il a commis des irrégularités comptables, sans que celles-ci soient par elles-mêmes de nature à avoir contribué à l'insuffisance d'actif (Cons. constit., QPC n°2015-487 du 7 octobre 2015).

motif que nul ne peut être privé de sa propriété que sous la condition d'une juste et préalable indemnité. Cette décision était intéressante en ce qu'elle visait l'idée de *juste et préalable indemnité*, reprenant ainsi littéralement la formulation de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui dispose que « *[l]a propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». En visant expressément l'idée d'indemnité *juste*, le Conseil constitutionnel semblait montrer son attachement à une certaine modération, ou encore une exigence de proportion, dans l'évaluation des indemnités en matière de propriété. Une telle décision pouvait dès lors laisser penser que le Conseil constitutionnel chercherait à s'assurer que les indemnités d'éviction payées par les bailleurs en matière commerciale n'étaient pas disproportionnées, et notamment qu'elles n'étaient pas supérieures à la valeur vénale du bien, comme l'avait laissé entrevoir la Cour de cassation dans sa décision de renvoi.

La seconde décision pertinente du Conseil constitutionnel est celle du 7 mai 2020¹⁷⁴ : le Conseil constitutionnel a décidé que l'alinéa 4 de l'article L. 145-34 du code de commerce ne porte pas atteinte de façon disproportionnée au droit de propriété de bailleurs commerciaux. Or cet article prévoit que la majoration du loyer en cas de renouvellement du bail commercial ne peut être supérieure à dix pour cent du loyer acquitté l'année précédente. Autrement dit, même lorsque le bailleur peut faire valoir un changement dans les éléments permettant de déterminer le loyer ou se prévaloir d'une clause faisant exception aux règles de déplafonnement du loyer commercial, l'augmentation est limitée à dix pour cent par an. L'atteinte au droit de propriété des bailleurs ne fait dès lors aucun doute puisque ceux-ci ne sont pas libres de fixer le montant du loyer qu'ils souhaitent

¹⁷⁴ Cons. constit., QPC n°2020-837 du 7 mai 2020 ; P. Lemay, « Loyers commerciaux, renouvellement du bail et droit de propriété : le Conseil constitutionnel entre dans la danse », *JCP E*, n°30, 23 juillet 2020, 1307 ; P.-Y. Gautier, « Le plafonnement à sens unique du montant du loyer dans le bail commercial renouvelé », *RTD civ.*, 2021.163 ; M. Jaoul, « À défaut de plafonnement, le lissage vaut toujours », *Gaz. Pal.*, n°28 du 28 juillet 2020, p. 82 ;

quant à leur bien. Cela n'a cependant pas mené le Conseil constitutionnel à une déclaration de non-conformité. En effet, il a considéré que le législateur a poursuivi un motif d'intérêt général car « *en adoptant ces dispositions, [il] a entendu éviter que le loyer de renouvellement d'un bail commercial connaisse une hausse importante et brutale de nature à compromettre la viabilité des entreprises commerciales et artisanales* » (§7). Et l'atteinte au droit de propriété des bailleurs était proportionnée à l'objectif poursuivi puisque, d'une part, le loyer pouvait être augmenté de dix pour cent par an « *jusqu'à ce qu'il atteigne, le cas échéant, la nouvelle valeur locative* » (§8) et, d'autre part, « *les dispositions contestées n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent convenir de ne pas les appliquer, soit au moment de la conclusion du bail initial, soit au moment de son renouvellement* » (§9). Ainsi, l'atteinte était justifiée puisqu'elle n'était que temporaire (la valeur locative pouvant être finalement atteinte) et, surtout, que les parties pouvaient l'écarter d'un commun accord. Il est en effet difficile pour un bailleur de soutenir qu'il n'est pas libre de disposer de son bien comme il l'entend car l'augmentation du loyer est plafonnée alors même qu'il a consenti à appliquer le régime légal qu'il aurait pu écarter en s'accordant avec le preneur sur ce point.

Au contraire, l'indemnité d'éviction est d'ordre public, ce qui était susceptible de changer radicalement la perspective adoptée par le Conseil constitutionnel puisque les bailleurs sont cette fois-ci contraints de payer aux preneurs une somme d'argent afin de pouvoir jouir à nouveau librement de leur bien.

Le Conseil a cependant décidé que l'atteinte au droit de propriété des bailleurs était conforme à la Constitution car elle était proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur. Il a tout d'abord dit que l'objectif poursuivi par le législateur est de « *permettre la poursuite de son activité [celle du preneur] et éviter que la viabilité des entreprises commerciales et artisanales soit compromise* » (§9). En effet, l'indemnité d'éviction permet d'assurer au locataire de continuer son activité puisqu'il doit pouvoir transférer ou remplacer son fonds de commerce. Un tel objectif, qualifié d'intérêt général, démontre une volonté de favoriser

l'activité économique, c'est-à-dire de faire prévaloir le dynamique (le fonds de commerce) sur le statique (la propriété foncière). C'est que, tandis qu'un propriétaire foncier est dans une situation avant tout de rente, le propriétaire d'un fonds de commerce doit maintenir une certaine activité commerciale pour en conserver la substance et le développer. Le Conseil constitutionnel l'a d'ailleurs expressément relevé lorsqu'il a recherché si l'atteinte au droit de propriété des bailleurs était proportionnée à l'objectif de poursuite de l'activité des preneurs en décidant qu' « *il résulte de l'article L. 145-17 du même code que l'indemnité d'éviction n'est due que lorsque le locataire a effectivement exploité son fonds de commerce dans des conditions conformes au bail au cours des trois années ayant précédé sa date d'expiration* » (§10).

Trois autres raisons ont poussé le Conseil constitutionnel à décider qu'une telle atteinte était conforme à la Constitution. Premièrement, « *l'indemnité due au locataire évincé est égale au préjudice que lui cause le non-renouvellement de son bail* », ce qui implique que « *[l']indemnité ne comprend [...] que la part de la valeur marchande du fonds de commerce perdue par le locataire* » (§10). Une telle motivation interroge car le fait que l'indemnité soit calculée par rapport à la valeur marchande du fonds de commerce ne change rien au fait qu'elle est susceptible d'empêcher le bailleur de jouir à nouveau de son bien comme il l'entend, en méconnaissance frontale de son droit le plus élémentaire de propriété. L'hypothèse envisagée par la Cour de cassation, d'un bien dont la valeur vénale est inférieure à l'indemnité d'éviction due, n'a donc pas été prise en compte par le Conseil constitutionnel.

Deuxièmement, « *l'indemnité d'éviction n'est due que lorsque le locataire a effectivement exploité son fonds de commerce dans des conditions conformes au bail au cours des trois années ayant précédé sa date d'expiration* » (§10). Une telle raison n'est cependant pas pertinente puisque le fait que le preneur exploite son fonds de commerce dans l'immeuble loué ne change rien au fait que le bailleur doit payer une indemnité d'éviction pour récupérer la pleine jouissance de son bien.

Troisièmement, pour le Conseil constitutionnel, l'atteinte n'est pas disproportionnée car « *le bailleur conserve la possibilité de vendre son bien ou d'en percevoir un loyer* » (§11). Autrement dit, même à supposer que l'indemnité d'éviction soit particulièrement élevée, le propriétaire peut vendre le bien occupé et ainsi ne pas payer l'indemnité. De même, le bailleur peut conserver le bien et percevoir un loyer. Bref, le propriétaire peut encore tirer des avantages pécuniaires, qui peuvent se révéler faibles par rapport au marché, mais qui suffisent à justifier l'atteinte au droit de propriété qu'il subit.

À ce stade, trois remarques semblent pouvoir être faites. En premier lieu, il pourrait être argué à première vue que la décision du Conseil illustre une tendance à remettre en cause le droit de propriété qui est pourtant au cœur du droit civil français depuis 1804¹⁷⁵. Ainsi, conformément à ce que défend M. Chazal, le propriétaire serait moins souverain en France que ce que l'on croit¹⁷⁶ et les atteintes à ce droit seraient aisément justifiées. Il semble cependant qu'une telle affirmation serait trop rapide car, à y regarder de plus près, deux droits de propriété s'opposaient ici : celui du bailleur en tant que propriétaire foncier d'un côté, et celui du preneur en tant que propriétaire du fonds de commerce comprenant le droit au bail d'un autre côté. L'opposition n'est donc pas entre un propriétaire (le bailleur) contre un non-propriétaire (le preneur) mais entre un propriétaire dont le droit est matériel et porte sur un immeuble (le bailleur) et un propriétaire dont le droit est immatériel et porte sur un fonds de commerce (le preneur).

En deuxième lieu, la crise pandémique actuelle favorise largement les bailleurs par rapport aux propriétaires de fonds de commerce. Ces derniers ont vu leur loyer continuer à être dus¹⁷⁷ alors que leur clientèle ne pouvait accéder à leurs établissements pendant plusieurs mois, certains fonds, comme les bars, les

¹⁷⁵ J. Rochfeld, *Les grands notions du droit privé*, 1^{re} éd., PUF, 2011, p. 291.

¹⁷⁶ J.-P. Chazal, « Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale », *RTD. civ.*, 2020.1.

¹⁷⁷ Ph. -H. Brault, « Le bail commercial et les effets de la pandémie de Covid-19 : premières décisions et quelques observations », *Loyers et Copropriété* n° 1, Janvier 2021, étude 1, §§6-9.

restaurants ou les cinémas étant encore fermés aujourd'hui¹⁷⁸. En outre, ces propriétaires de fonds de commerce se sont pour beaucoup endettés pour payer les effets de la crise en souscrivant un prêt garanti par l'État. Il convenait ainsi d'essayer de maintenir la valorisation la plus élevée des fonds de commerce, au détriment éventuel des bailleurs puisque ces derniers sont « *pour le moment, les vrais vainqueurs* »¹⁷⁹ dans la crise actuelle. Par un mouvement inverse de balancier, le Conseil constitutionnel aurait donc décidé de protéger les preneurs plutôt que les bailleurs. Ces éléments, qui ne pouvaient être expressément pris en compte par le Conseil constitutionnel, ont peut-être pesé dans sa décision. Troisièmement, la motivation du Conseil constitutionnel apparaît particulièrement ténue. Ce dernier se contente en effet de dire qu'il n'y a pas d'atteinte au droit de propriété pour des raisons qui n'apparaissent en rien déterminantes. Dire que le droit de propriété n'est pas atteint de manière disproportionnée car le préjudice est calculé en fonction de la perte subie par le locataire (première raison), parce que le locataire exploite bel et bien un fonds de commerce depuis trois ans (deuxième raison) ou encore parce que le bailleur peut vendre son bien ou percevoir un loyer (troisième raison) semble très insuffisant. Les questions centrales, notamment celle du risque pour le bailleur de payer une indemnité d'éviction susceptible d'être plus élevée que la valeur du bien elle-même, ne sont pas résolues. La décision du Conseil constitutionnel apparaît donc un peu péremptoire. Cela n'enlève rien à son caractère performatif (l'article L. 145-14 du code de commerce est bien conforme à la Constitution) mais elle ne comprend en elle-même aucune capacité explicative. La question d'une motivation enrichie des décisions du Conseil constitutionnel, à l'instar de la réflexion et des évolutions sur ce point de la Cour de cassation, est ainsi susceptible de se poser. Car l'entre-deux dans lequel se trouve actuellement le Conseil constitutionnel pose des difficultés. D'un côté, il semble vouloir se

¹⁷⁸ V. plus généralement, F. Kendérien, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », *RTD com.*, 2020.265.

¹⁷⁹ P. Jacquot, « La covid, le loyer et le juge », *AJDI* 2021.99.

contenter de dire le droit puisque sa motivation ne permet pas de justifier véritablement la décision qu'il prend. Autrement dit, la légitimité de sa décision est *institutionnelle* (la décision est performative car elle est rendue par le Conseil constitutionnel) et non pas *matérielle* (la décision change le droit positif car elle est fondée sur des bonnes raisons qu'il a explicitées). D'un autre côté, il s'oblige à exposer un raisonnement juridique insatisfaisant, afin d'essayer de démontrer que les raisons qui sous-tendent sa décision sont légitimes. C'est alors tout l'enjeu de la motivation de la jurisprudence des juridictions suprêmes qui ressort dans une telle décision car leur fonction « *législative* » selon l'expression de F. Zenatti-Castaing implique que « *[l]'autorité chargée de donner l'interprétation officielle de la loi n'a, au contraire, pas lieu de se justifier, pas plus que n'a à le faire le législateur lui-même* »¹⁸⁰. Or l'idée que les juridictions supérieures ne sont pas obligées de justifier leur décision est « *profondément ancrée dans l'esprit des juristes français* »¹⁸¹. Et le Conseil constitutionnel, à l'instar de la Cour de cassation, n'échappe pas à cet esprit français. Le semblant de motivation qu'il propose, comme au cas présent pour l'indemnité d'éviction, ne permet pas de justifier sa décision qui, pour autant, ne perd rien de sa puissance normative. La critique d'un tel procédé n'est pas nouvelle¹⁸² et a mené la Cour de cassation à modifier la rédaction de ses arrêts¹⁸³, en adoptant parfois une motivation enrichie¹⁸⁴. Une telle réflexion quant aux décisions du Conseil constitutionnel

¹⁸⁰ F. Zenatti-Castaing, « La nature juridique de la Cour de cassation, Cour de cassation, Bull. info n° 575 du 15 avr. 2003 ; V. également, F. Zenati-Castaing, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007.1553.

¹⁸¹ C. Jamin, « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015.623.

¹⁸² A. Touffait et A. Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974.487.

¹⁸³ P. Deumier, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation », *D.* 2015.2022 ; B. Dondéro, « Nouvelle rédaction des arrêts de la Cour de cassation : panique à l'Université », *D.* 2020.145 ; N. Molfessis, « La fin d'un monde », *JCP* 2019, n°17, 447.

¹⁸⁴ P. Deumier, « Motivation enrichie : bilan et perspectives », *D.* 2017.1783 ; P. Deumier, « Jurisprudence », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2019, §75-79 ; R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 14^e éd., Cours, Dalloz, 2021, p. 188.

pourrait peut-être être menée¹⁸⁵ plus en avant¹⁸⁶, bien que cela demeure évidemment contestable en ce que cela aboutirait éventuellement à « *un changement de système dont on peut discuter l'opportunité* »¹⁸⁷.

Une motivation enrichie aurait dans tous les cas peut-être permis de mieux comprendre pourquoi le Conseil constitutionnel a décidé que le régime actuel de l'indemnité d'éviction ne méconnaissait pas le principe d'égalité.

II. L'absence de méconnaissance du principe d'égalité

La requérante faisait valoir que le principe d'égalité était susceptible d'être méconnu à deux titres au moins. D'une part, en prenant en compte la valeur marchande telle qu'elle est déterminée par les usages de la profession, les dispositions relatives à l'indemnité d'éviction « *introduiraient une différence de traitement injustifiée entre les bailleurs de baux commerciaux selon la nature de l'activité qui est exercée dans leur immeuble* » (§3 de la décision du Conseil). Une telle allégation se comprenait parfaitement tant les méthodes d'évaluation sont susceptibles de diverger (méthode sur le chiffre d'affaires ; estimation par le taux sur recette ; méthode par le résultat ; méthode fondée sur l'excédent brut d'exploitation ; etc.). D'autre part, seuls les bailleurs commerciaux ont l'obligation de payer une indemnité d'éviction pour récupérer le plein usage de leur bien et en jouir à nouveau intégralement.

Pour déterminer si une disposition législative méconnaît le principe d'égalité, le Conseil constitutionnel s'assure, d'une part, que les situations visées ne sont pas différentes et, lorsqu'elles sont similaires, si la différence de traitement n'est pas

¹⁸⁵ G. Canivet, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel » in *La motivation en droit public*, dir. S. Caudal, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2013, p. 231.

¹⁸⁶ N. Belloubet, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer », *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n°55-56, juin 2017.

¹⁸⁷ J.-L. Aubert, E. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 18^e éd., Université, Sirey, §74, p. 70.

justifiée par un motif d'intérêt général. Il vérifie que, dans les deux cas, la différence de traitement qui en résulte est en rapport direct avec la loi qui l'établit¹⁸⁸. Plus précisément, au visa de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, il décide de manière constante que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »¹⁸⁹.

Les déclarations d'inconstitutionnalité fondées sur le principe d'égalité ont été relativement courantes ces dernières années et donnaient donc un espoir raisonnable d'obtenir une décision d'inconstitutionnalité dans cette affaire. Cependant, à l'instar des décisions relatives au droit de propriété, les déclarations d'inconstitutionnalité fondées sur la méconnaissance du principe d'égalité sont cependant très diverses et rendent leur systématisation particulièrement délicate. Par exemple, le principe d'égalité interdit au législateur de prévoir, pour les groupes de sociétés, que la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises doit être traitée différemment en fonction du choix d'opter ou non en faveur de l'intégration fiscale, alors même que les opérations de restructuration aux fins de réduire le montant de cette cotisation dû par l'ensemble des sociétés du groupe grâce à une répartition différente du chiffre d'affaires en son sein peuvent être faites par tous les groupes, qu'ils soient ou non intégrés¹⁹⁰. Dans le même sens, le législateur ne peut prévoir que, dans toutes les communes de France, les dimanches travaillés sont déterminés par le

¹⁸⁸ A. Baudu, D. Chagnollaude, *Droit constitutionnel contemporain*, Cours, Dalloz, 2019, p. 55.

¹⁸⁹ Cons. constit., QPC n°2020-856 du 18 septembre 2020 ; Cons. constit., QPC n°2020-842 du 28 mai 2020 ; Cons. constit., QPC n°2019-828/829 du 28 février 2020 ; Cons. constit., DC n°2019-796 du 27 décembre 2019 ; Cons. constit., DC n°2019-795 du 20 décembre 2019 ; Cons. constit., n°2019-794 du 20 décembre 2019 ; Cons. constit., DC n°2019-787 du 25 juillet 2019 ; Cons. constit., DC n°2019-781 du 16 mai 2019 ; Cons. constit., QPC n°2018-747 du 23 novembre 2018.

¹⁹⁰ Cons. constit., QPC n°2017-629 du 19 mai 2017 ; V. également : Cons. constit., QPC n°2016-571 du 30 septembre 2016.

maire tandis qu'à Paris le préfet est compétent¹⁹¹. Il convient cependant de noter que dans la plupart des décisions fondées sur le principe d'égalité, les différences de traitement semblent relever à chaque fois de l'évidence et sont assez facilement saisissables.

Ce n'était pas le cas pour l'indemnité d'éviction et ce, pour deux raisons au moins. D'abord, la différence de traitement n'était pas particulièrement visible : dans tous les cas, les bailleurs doivent payer des indemnités d'éviction aux preneurs. Ensuite, l'évaluation de l'indemnité relève du pouvoir souverain des juges du fond, ce qui ne permettait pas au Conseil constitutionnel d'avoir des preuves tangibles des différentes approches évaluatives en fonction des professions.

Il n'en demeurait pas moins que des arguments allaient dans le sens d'une déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 145-14 du code de commerce au motif qu'il méconnaîtrait le principe d'égalité. En effet, en faisant référence aux « *usages de la profession* » pour déterminer la valeur marchande du fonds de commerce, les bailleurs sont traités différemment en fonction de l'activité des preneurs. Autrement dit, pour un même bien offrant des prestations similaires, les indemnités d'éviction peuvent être très différentes. Une telle différence de traitement ne semblait pas en rapport avec l'objet de la loi puisque rien ne justifie que certains bailleurs contribuent plus que d'autres au maintien de l'activité économique française.

Le Conseil constitutionnel a cependant rejeté cet argument au motif que « *en prévoyant que la valeur du fonds de commerce comprise dans l'indemnité d'éviction doit être déterminée en fonction des usages de la profession, les dispositions contestées se bornent à préciser les modalités d'évaluation du fonds de commerce et n'instituent aucune différence de traitement* » (§14).

Un tel motif ne manquera pas d'étonner. Il suffit de prendre l'exemple d'un bailleur qui loue son local à un libraire ou à un cordonnier. En cas d'éviction, les méthodes

¹⁹¹ Cons. constit., QPC n°2016-547 du 24 juin 2016.

d'évaluation divergeront grandement¹⁹² alors même qu'en pratique, le bailleur n'a fait que louer des murs exploités par son preneur, l'activité lui étant la plupart du temps parfaitement indifférente. Il y a donc bien une différence de traitement entre les bailleurs qui sont plus ou moins bien lotis. La Cour de cassation juge à cet égard que « *la détermination de la valeur marchande du fonds de commerce s'effectue selon les usages et modalités retenus dans la profession ou le secteur d'activité commerciale concernés* »¹⁹³, ce qui démontre bien que la profession des preneurs et le secteur d'activité commerciale sont déterminants pour évaluer l'indemnité d'éviction.

Cependant, il faut bien comprendre que deux approches de la différence de traitement peuvent être distinguées ici. D'un côté, la société requérante faisait valoir qu'un bailleur pouvait voir son indemnité d'éviction évaluée très différemment en fonction de l'activité de son preneur. Son approche de l'inégalité de traitement était dès lors avant tout *économique*. D'un autre côté, le Conseil constitutionnel a décidé qu'il n'y avait aucune différence puisque toutes les indemnités d'éviction sont calculées en prenant en compte les usages de la profession. Il a dès lors adopté une vision purement juridique de l'inégalité de traitement en refusant de s'intéresser plus avant à ses effets pratiques. Une telle décision se comprend parfaitement au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Elle s'inscrit d'ailleurs dans le contrôle *in abstracto* qu'il opère puisque le Conseil a apprécié la seule égalité devant la loi (toutes les évaluations d'indemnités d'éviction prennent en compte les usages de la profession) et non pas l'égalité devant les effets concrets de la loi (les indemnités d'éviction sont calculées différemment en fonction des professions des preneurs).

¹⁹² V. M. Lopez, *JCP E*, 2016,1367 : pour un libraire à Paris 6^{ème} (Paris, Pôle 5, ch. 3, 7 oct. 2016, n° 14/15597) : l'indemnité de remplacement de perte du fonds de commerce a été estimée en fonction de la valeur du fonds de commerce (70 % du chiffre d'affaires moyen des trois derniers exercices,) ; pour un cordonnier à Paris 9^e (Paris, Pôle 5, ch. 3, 28 oct. 2016, n° 14/16569) : éviction entraînant la perte du fonds de commerce ; valeur du fonds de commerce ; méthode du chiffre d'affaires moyen des trois derniers exercices (coefficient de valorisation de 120 % du chiffre d'affaires pour la cordonnerie et 55 % pour l'activité clés minute).

¹⁹³ Civ. 3^e, 5 février 2014, *Bull. civ.* III, n°15, n°13-10.174.

En revanche, le Conseil constitutionnel a considéré qu'il existait bien une différence de traitement entre les bailleurs commerciaux et les autres bailleurs puisqu'il a décidé que « *la différence de traitement qui résulte de ce que le législateur n'impose que pour un bail commercial le paiement d'une indemnité en cas de refus de renouvellement du bail, qui est en rapport avec l'objet de la loi, ne méconnaît pas le principe d'égalité devant la loi* » (§15). Une telle conclusion était logique à partir du moment où le Conseil avait décidé quant au droit de propriété que l'atteinte était proportionnée au regard du motif d'intérêt général afin de permettre aux preneurs « *la poursuite de [leur] activité et éviter que la viabilité des entreprises commerciales et artisanales soit compromise* » (§9). En effet, si le droit de propriété des bailleurs peut être atteint dès lors que cela permet de protéger l'activité économique des preneurs, il paraît normal qu'un traitement différencié puisse être appliqué aux bailleurs en fonction de l'objet du bail.

Ayant décidé que le principe d'égalité n'était pas méconnu, le Conseil constitutionnel n'a pas pris la peine d'expliquer en quoi les moyens relatifs à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre n'étaient pas pertinents.

III. La conformité à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre

Après avoir envisagé le droit de propriété et le principe d'égalité, le Conseil constitutionnel a conclu sa décision en disant qu' « *il résulte de ce qui précède que les dispositions contestées, qui ne sont pas entachées d'incompétence négative et ne méconnaissent pas non plus la liberté contractuelle ou la liberté d'entreprendre, ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution* » (§17). Ainsi, pour le Conseil constitutionnel, ses motifs quant à la propriété et à l'égalité justifient sa décision de conformité pour la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre. Une telle affirmation ne va pourtant pas de soi puisqu'il est évident que la propriété et l'égalité se distinguent des libertés contractuelle et d'entreprendre. Une réponse

détaillée sur ces moyens pouvait dès lors être espérée et ce, d'autant plus qu'aussi bien la liberté contractuelle que la liberté d'entreprendre font l'objet d'un contrôle par le Conseil constitutionnel, des décisions déclarant l'inconstitutionnalité de certaines dispositions légales ayant été rendues en ce sens.

Plus précisément, quant à la liberté contractuelle¹⁹⁴, il convient de rappeler que le Conseil constitutionnel s'y réfère depuis 1984¹⁹⁵ bien qu'il ait décidé dans un premier temps qu'« aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle »¹⁹⁶. Cependant, par une décision du 19 décembre 2000, le Conseil constitutionnel a modifié sa position et a décidé que la liberté contractuelle est un principe protégé par la Constitution qui trouve son fondement dans l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁹⁷, l'atteinte à la liberté contractuelle devant être proportionnée au regard de l'objectif poursuivi par le législateur.

Très rapidement, le Conseil constitutionnel a relié le principe de la liberté contractuelle au droit au respect des contrats légalement conclus¹⁹⁸, c'est-à-dire que « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »¹⁹⁹. Dans un considérant de principe, le Conseil constitutionnel établit désormais très clairement l'articulation qu'il opère entre la liberté contractuelle et le respect des contrats légalement conclus en décidant que « [c]onsidérant [qu'il] est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle

¹⁹⁴ F. Terré, Y. Lequette, Ph. Simler, F. Chénéde, *Ibid.*, §126, p. 159.

¹⁹⁵ Cons. constit., DC n°84-137 du 4 juin 1984.

¹⁹⁶ Cons. constit., DC n°94-348 du 3 août 1994 ; Cons. constit., DC n°97-388 du 20 mars 1997.

¹⁹⁷ Cons. constit., DC n°2000-437 du 19 décembre 2000.

¹⁹⁸ Cons. constit., DC n°2001-451 du 27 novembre 2001.

¹⁹⁹ Cons. constit., DC n°2007-556 du 16 août 2007 ; Cons. constit., n°2009-578 du 18 mars 2009 ; Cons. constit., QPC n°2011-177 du 7 octobre 2011 ; Cons. constit., DC n°2012-649 du 15 mars 2012 ; Cons. constit., DC n°2012-659 du 13 décembre 2012.

qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ; que, d'autre part, le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 »²⁰⁰. Ce considérant est reproduit dans les mêmes termes dans de nombreuses décisions²⁰¹.

Ainsi, la liberté contractuelle comprend deux aspects fondamentaux : le droit de contracter ou de ne pas contracter, ce qui comprend la liberté de choisir l'objet de son engagement pas seulement ; le droit au respect des contrats légalement conclus, incluant le fait que le législateur ne doit pas interférer dans la chose des parties. Au moins quatre décisions ayant déclaré qu'une atteinte à la liberté contractuelle n'est pas proportionnée au regard de l'objectif poursuivi sont intervenues. Parmi ces décisions, seules deux sont relatives au premier aspect de la liberté contractuelle et ne concernent pas l'atteinte aux conventions légalement formées²⁰². D'une part, l'atteinte a été considérée comme disproportionnée lorsqu'une disposition a comme effet d'imposer aux entreprises le prix et les modalités de la protection complémentaire obligatoire en matière de mutuelles²⁰³. D'autre part, une loi ne peut avoir pour effet d'obliger les collectivités et leurs groupements, soit

²⁰⁰ Cons. constit., DC n°2013-672 du 13 juin 2013.

²⁰¹ Cons. constit., QPC n°2015-460 du 26 mars 2015 ; Cons. constit., QPC n°2015-470 du 29 mai 2015 ; Cons. constit., DC n°2015-715 du 5 août 2015 ; Cons. constit., DC n°2016-736 du 4 août 2016 ; Cons. constit., DC n°2016-741 du 8 décembre 2016 ; Cons. constit., DC n°2016-742 du 22 décembre 2016 ; Cons. constit., DC n°2017-756 du 21 décembre 2017 ; Cons. constit., DC n°2017-758 du 28 décembre 2017 ; Cons. constit., QPC n°2017-685 du 12 janvier 2018 ; Cons. constit., DC n°2018-761 du 21 mars 2018 ; Cons. constit., QPC n°2018-697 du 6 avril 2018 ; Cons. constit., QPC n°2018-728 du 13 juillet 2018 ; Cons. constit., DC n°2018-769 du 4 septembre 2018 ; Cons. constit., QPC n°2018-740 du 19 octobre 2018

²⁰² Cons. constit., QPC n°2015-511 du 7 janvier 2016 ; Cons. constit., QPC n°2019-816 du 29 novembre 2019.

²⁰³ Cons. constit., DC n°2013-672 du 13 juin 2013.

à proposer des locaux de substitution aux organisations syndicales, soit à leur verser une indemnité, sans qu'ils aient été mis en mesure de s'en exonérer par une stipulation expresse²⁰⁴. Ces deux décisions, bien qu'elles démontrent qu'une déclaration d'inconstitutionnalité était possible quant à l'article L. 145-14 du code de commerce, ne donnaient cependant aucune indication sur la position que pouvait adopter le Conseil constitutionnel quant à l'indemnité d'éviction.

Il n'en demeure pas moins que les bailleurs, en étant obligés de payer une indemnité d'éviction pour récupérer leur bien à l'issue du bail, sont contraints de payer pour pouvoir à nouveau exercer leur liberté contractuelle, c'est-à-dire ici avoir le droit de cesser de donner à bail leur bien, pouvoir changer de preneur ou encore chercher à modifier drastiquement les conditions du contrat de bail qui les lient.

Le Conseil constitutionnel a cependant décidé le contraire, ce qui peut être expliqué par deux raisons alternatives. D'une part, il a peut-être considéré qu'il n'y avait en réalité aucune atteinte à la liberté contractuelle puisque celle-ci peut toujours être exercée, à condition que les bailleurs paient une indemnité d'éviction. Le Conseil aurait alors adopté une conception plutôt formelle de la liberté contractuelle sans rechercher si, en pratique, les bailleurs pouvaient l'exercer. D'autre part, même à supposer qu'une telle position n'ait pas été suivie par le Conseil constitutionnel, il est évident que l'atteinte à la liberté contractuelle (l'impossibilité de choisir son cocontractant ou de déterminer les conditions de son engagement pour le bailleur) résulte en réalité de l'atteinte plus profonde que subit le bailleur à son droit de propriété. En effet, c'est parce que le bailleur doit payer, c'est-à-dire porter atteinte à sa propriété, qu'il ne peut exercer sa liberté contractuelle. Par conséquent, l'atteinte à la liberté contractuelle est conforme à la Constitution car l'atteinte au droit de propriété subie par le

²⁰⁴ Cons. constit., DC n°2016-736 du 4 août 2016.

bailleur est proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur. Il existerait donc une justification à l'atteinte portée à la liberté contractuelle par ricochet de l'absence de protection accrue du droit de propriété des bailleurs. L'absence de motivation du Conseil constitutionnel quant à la liberté contractuelle se justifierait alors car, en un sens, il aurait tout dit en se prononçant sur la propriété.

Il ne faut cependant pas minorer l'importance de la liberté contractuelle dans cette affaire, qui irrigue en filigrane l'intégralité du bail commercial. Car il est indéniable que les bailleurs qui concluent un bail commercial savent qu'ils auront à payer une indemnité d'éviction s'ils décident de donner congé à leurs preneurs. Autrement dit, ils ont consenti au régime qui leur est appliqué, ce qui rend tout argument de leur part fondé sur la liberté contractuelle très difficilement audible dans un monde dans lequel le consentement fait figure de totem. Autrement dit, et il s'agit peut-être d'un ressort plus profond – peut-être même pourrait-on aller jusqu'à dire inconscient – de la décision, l'atteinte au droit de propriété a peut-être été jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel car, à y regarder de plus près, les bailleurs ont consenti à cette atteinte²⁰⁵.

Quant à la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel décide qu'« [i]l est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi »²⁰⁶. Cependant, comme pour la liberté contractuelle,

²⁰⁵ J. Monéger, *Loyers et copropriété* n°2, Février 2021 : « Nul propriétaire n'est tenu de louer à bail commercial. Tout propriétaire sait ou devrait savoir que la reprise du bien loué implique le versement d'une somme compensatrice du dommage subi. »

²⁰⁶ Cons. constit., QPC n°2019-830 du 12 mars 2020 ; Cons. constit., DC 2019-795 du 20 décembre 2019 ; Cons. constit., DC 2019-791 du 7 novembre 2019 ; Cons. constit., DC n°2018-761 du 1^{er} février 2019 ; Cons. constit., DC n°2018-776 du 21 décembre 2018 ; Cons. constit., DC n°2018-773 du 20 décembre 2018 ; Cons. constit., DC n°2018-771 du 25 octobre 2018 ; Cons.

l'ensemble des décisions ayant jugé qu'une disposition législative portait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre au regard de l'objectif poursuivi par le législateur se distinguent assez radicalement de la question de la conformité de l'article L. 145-14 du code de commerce à la Constitution²⁰⁷.

Cela ne change pourtant rien au fait que la liberté d'entreprendre semble bien être atteinte de manière particulièrement radicale puisque les bailleurs ne peuvent récupérer leur bien pour créer ou installer leur propre activité économique, ou encore pour exercer leur propre activité de développement immobilier en payant une indemnité. Pourtant, comme pour la liberté contractuelle, le moyen fondé sur la liberté d'entreprendre a été rejeté sans motivation. Une telle position s'explique sans doute par le fait qu'en réalité, la liberté d'entreprendre n'est atteinte que dans la mesure où le droit de propriété des bailleurs est attaqué. En effet, c'est parce que les bailleurs doivent payer une indemnité d'éviction qu'ils ne peuvent exercer leur liberté d'entreprendre. Ainsi, dès lors que l'atteinte au droit de propriété est justifiée, il ne fait aucun doute que l'atteinte à la liberté d'entreprendre n'est pas susceptible d'entraîner une déclaration d'inconstitutionnalité.

Cette justification ne remet pas en cause un autre ressort plus profond de la décision du 5 mars 2021. Il est en effet très possible que le Conseil constitutionnel ait considéré qu'il fallait, avant tout, protéger la liberté d'entreprendre des preneurs à bail plutôt que celle des bailleurs. Les propriétaires de fonds de commerce sont en effet un symbole de dynamisme, de développement de l'activité économique, d'idée d'entrepreneuriat, tandis que les bailleurs sont vus comme des entités économiques passives, attendant de percevoir des loyers et sécurisant leur patrimoine. Cette image est sans doute largement faussée et déformée par rapport à la réalité mais il

constit., QPC n°2018-702 du 20 avril 2018 ; Cons. constit., DC n°2017-687 du 2 février 2018 ; Cons. constit., QPC n°2017-649 du 4 août 2017.

²⁰⁷ Cons. Constit., QPC n°2015-480 du 17 septembre 2015 ; Cons. constit., DC n°2015-715 du 5 août 2015 ; Cons. Constit., DC n°2014-692 du 27 mars 2014 ; Cons. constit., DC n°2013-672 du 13 juin 2013 ; Cons. constit., QPC 2013-317 du 24 mai 2013.

semble probable que, dans la période particulière actuelle, elle ait joué un certain rôle dans la délibération des Conseillers. Pour se défaire de ce types de préjugés, il aurait sans doute fallu que le Conseil soit davantage informé²⁰⁸, ce qui aurait justifié par exemple dans cette affaire que le Ministère public devant la Cour de cassation ou le rapporteur au Conseil constitutionnel fasse intervenir les acteurs représentatifs des parties en cause (syndicats des bailleurs ; syndicats ou organisations de preneurs à bail ; experts judiciaires en charge d'estimer les indemnités d'éviction ; etc.) et que le Conseil constitutionnel fasse établir une véritable étude d'impact relative à la décision à intervenir²⁰⁹. C'est d'ailleurs ce qui se passe dans les juridictions suprêmes d'autres pays. Pour ne prendre que l'exemple des États-Unis, il ne fait guère de doute qu'une telle question aurait suscité de très nombreux *amicus curiae*²¹⁰.

²⁰⁸ L. Cadiet, « Docteur Conseil et Mister Constitutionnel », *Procédures*, n°4, avril 2019, repère 4.

²⁰⁹ Ce qui ne signifie pas pour autant que les *amicus curiae* doivent venir éclairer les juridictions sur le droit mais bien plutôt sur les effets concrets des décisions à intervenir, V. sur ce point F. Terré, N. Molfessis, *Introduction au droit*, 12^e éd., Précis, Dalloz, 2020, §246, pp. 302-305.

²¹⁰ G. Canivet, « L'*amicus curiae* en France et aux États-Unis », *RJC* 2005.99.

Les membres de l'AFDD publient :

**Vincent de BONNAFOS, La valorisation de l'entreprise
citoyenne, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Collection
Droit des affaires, mars 2020**

A l'heure où de plus en plus d'entreprises définissent leur « raison d'être » et se transforment en « sociétés à mission » mais où les investisseurs demeurent extrêmement attentifs à la rentabilité du court terme, Vincent de Bonnafos prône dans cet ouvrage une stratégie d'engagements et de valorisation pour l'entreprise citoyenne.

Dans la thèse de droit privé qu'il avait soutenue en novembre 2018, l'auteur avait observé certaines limites de la RSE dans sa capacité à distinguer entre des concepts fondamentaux tels que droit dur et droit souple, ou encore à construire des régimes incitatifs de responsabilité pour les entreprises. Son ambition avait alors été de rétablir de la lisibilité dans la distinction entre les entreprises classiques et les entreprises citoyennes qui dépassent volontairement leurs obligations légales pour prendre leur part dans la protection de la planète et de ses habitants.

Depuis lors, et tout particulièrement dans son activité de conseil aux entreprises qu'il mène en Principauté de Monaco où il est le correspondant attitré de l'Association Française des Docteurs en Droit, Vincent de Bonnafos a souhaité replacer le Droit au centre des réflexions sur la RSE. Pour lui, une entreprise peut se qualifier de « citoyenne » et se valoriser comme telle, seulement si elle réalise des engagements en faveur de cocontractants ou de tiers, dépassant le strict cadre des règles juridiques contraignantes qui s'imposent à elle en vertu du Droit.

C'est dire qu'il propose une définition éminemment juridique et dynamique de l'entreprise citoyenne.

Le très bel ouvrage aujourd'hui publié aux Presses universitaires d'Aix-Marseille s'adresse ainsi aux spécialistes du droit de l'entreprise et de la RSE, aux dirigeants soucieux de faire avancer et dynamiser leur entreprise ainsi qu'aux étudiants, particulièrement attentifs aux exigences d'un développement durable. Les lecteurs y découvriront des idées d'engagements citoyens et d'initiatives de valorisation pour les entreprises de toute taille. Et, chemin faisant, ils seront très favorablement impressionnés par nombre de propositions innovantes, telles que l'indexation de l'intéressement des salariés sur des données environnementales, les modalités d'information des clients concernant la protection de leurs données personnelles, la modulation des contrats pour réduire l'obsolescence programmée, ou encore la création de marques collectives par des groupements d'entreprises citoyennes. C'est dire combien ils pourront y puiser de riches enseignements et surtout des idées très concrètes à mettre au service des entreprises qui ambitionnent d'être des acteurs sociétaux positifs et entraînants !

Jacques Mestre

**Xavier AUMERAN, Maître de conférences à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Equipe de recherche Louis Josserand (EA3707),
Les transferts des sportifs dans un monde globalisé, éd.
LexisNexis, coll. Perspective(s), avril 2021, 300 p.**

L'ouvrage nous est présenté par Xavier Aumeran, membre de l'AFDD depuis de longues années.

Fascination.- Objets de passions, d'interrogations, de fantasmes, de contestations, voire de désapprobations, les transferts des sportifs ne cessent de fasciner.

Fascination de tout à chacun, d'abord, tant les départs et arrivées de joueurs au sein des clubs viennent au soutien des ambitions sportives et compétitives. Les montants en jeu ne cessent de croître, attisant les convoitises de toutes parts. Vertigineux, sources de débats sans fin, ils atteignent chaque année, selon les disciplines, plusieurs centaines de millions d'euros, voire plusieurs milliards dans le football masculin. A titre individuel, des sommes considérables sont fréquemment engagées pour le recrutement d'un seul joueur. Dans le basket, le handball ou encore le cyclisme, les montants sont moindres, mais demeurent importants à l'échelle de leurs économies.

Fascination des juristes, ensuite, pour ces opérations d'« achat » et de « vente », ou parfois de « prêt », portant sur des sportifs « marchandisés », objets de tant de contrats, de règlements et de lois. La puissance du marché sur le droit est ici phénoménale. La personne du sportif et sa force de travail sont transformées en actif – doté d'une valeur –, pouvant même faire l'objet de droits réels. Comment

concilier les droits fondamentaux de chacun avec la commercialité de la personne ? Sur quelles bases raisonner ? Celle de la protection des travailleurs appartenant parfois à une élite salariale ou du droit des biens ? Quelle est la juste compensation due aux clubs des marchés « exportateurs » affaiblis par les transferts ? L'appréhension de ces questions par le droit n'est pas sans difficulté.

Évolution.- En perpétuelle évolution, la pratique des transferts est pourtant ancienne. Dès la fin du 19^{ème} siècle, les footballeurs anglais ne pouvaient changer de club qu'avec l'accord de leur employeur, amenant à une monétisation du consentement. Déjà, par une limitation de la liberté de circulation des intéressés (*retain-and-transfer system*), il s'agissait d'éviter les changements intempestifs de clubs, mais aussi d'éviter de trop grandes disparités entre les équipes participant à une même compétition. Les autres États européens ont ensuite suivi cette tendance plus ou moins rapidement.

Progressivement, puis rapidement à partir des années 1990, les transferts de sportifs en général, et de footballeurs en particulier, se sont cependant banalisés, puis institutionnalisés. La liberté de circulation des travailleurs au sein de l'Union européenne constitua l'assise de l'ère dorée du marché sportif de transferts.

Globalisation.- Au fil du temps, la géographie de ces mobilités s'est mondialisée. Au sein d'une économie globale, des réseaux de transferts se sont formés et consolidés. Les mouvements de sportifs se structurent entre les différentes régions du globe : par exemple entre l'Europe et les Etats-Unis au basket, ou entre l'Amérique du Sud ou l'Afrique et certains Etats européens dans le football. L'internationalisation des échanges s'accroît sans cesse. Si les footballeurs internationaux les plus performants finissent toujours pas évoluer à un moment ou à un autre dans un des grands championnats européens, si les meilleurs joueurs de basket-ball rejoignent habituellement la NBA, des nouveaux flux de migrations sportives se sont récemment développés. La Chine, et d'autres Etats asiatiques, mais aussi des pays du Moyen-Orient, figurent désormais parmi les

marchés « acheteurs », notamment de footballeurs provenant d'Amérique du Sud. Le monde sportif est globalisé, sous-tendu par une pluralité de territoires et de niveaux de régulation. Géographiquement, le terrain de jeu ne cesse de s'étendre.

Pluralisme juridique.- Cette globalisation des espaces de mobilité des sportifs est confrontée à l'emprise fragmentée des droits étatiques. La concurrence sportive et économique est mondiale ou continentale, tout comme le sont les marchés du travail au sein desquels les sportifs évoluent ; mais l'encadrement juridique des relations de travail demeure largement national. Des clubs anglais, allemands, français, espagnols, brésiliens ou argentins peuvent s'opposer, mais chacun relève de règles sociales et sportives souvent très différentes.

Une réflexion comparatiste est donc nécessaire à une meilleure compréhension de ces droits. Elle éclaire la compétition internationale à laquelle se livrent les Etats sur le marché international des normes afin d'attirer les capitaux, compétences et talents. Or, au sein de ce monde sportif et juridique globalisé, l'autonomie de la volonté occupe une place de choix afin de déterminer le droit étatique applicable.

Logiquement, c'est alors une approche par le droit international privé qui s'impose, afin de régler les problématiques liées à la mobilité internationale. Le transfert d'un joueur brésilien depuis un club pauliste vers un club portugais, puis français, soulève à l'évidence d'importantes questions quant à la loi applicable, à la juridiction compétente en cas de litige, ou encore aux règles d'immigrations devant être respectées. De même, du décès d'un joueur dont le transfert vient d'être décidé, lors du vol l'emmenant depuis la France vers le Pays de Galles, le droit international privé ne saurait rester en marge.

Ainsi présentée, l'analyse demeure toutefois très lacunaire. Le droit sportif émanant des fédérations sportives internationales, particulièrement dans une approche globalisée, doit être pris en compte. Les mobilités professionnelles et géographiques des sportifs peuvent directement porter atteinte à la sincérité des compétitions. Les règlements fédéraux veillent ainsi à la stabilité des relations

contractuelles, au maintien de conditions loyales de compétitions entre concurrents, et à l'éthique des différents acteurs des opérations de transferts. Il s'agit de contrôler les circulations par la norme. Ce droit sportif national, mais aussi transnational, est omniprésent, faisant souvent fi des territoires des Etats. Sans avoir besoin d'être reconnu ou intégré par eux pour exister, il encadre avec force les relations de travail et opérations de transfert. La réglementation de la Fédération internationale de football (FIFA) ou de l'Union cycliste internationale (UCI) en la matière l'atteste. Leur juridicité est assurée par les juges du mouvement sportif, qu'ils soient internes aux fédérations internationales ou arbitres du Tribunal arbitral du sport, qui ne cessent de trancher les litiges liés à ces mobilités. C'est bien au cœur de ce droit sportif transnational que se situe aussi la régulation des transferts et de l'activité des acteurs y concourant, en premier lieu desquels les agents sportifs.

Façonnés par des règles émanant d'institutions privées, sans être irréductibles aux ordres juridiques étatiques et supranationaux, les transferts invitent à combiner des normes d'origines diverses, souvent entremêlées. L'articulation des différents niveaux et territoires normatifs ne saurait se résumer à des logiques de subordination ou de subsidiarité. Il y a là, au sein de ce pluralisme juridique, bien davantage ; une coexistence de règles autonomes mais en interactions permanentes. Il en ressort un méli-mélo des droits étatiques et droits sportifs, des réglementations sportives nationales et transnationales, sans occulter l'immixtion fréquente du droit européen et même du droit international. Si ce foisonnement normatif peut dérouter, il enrichit aussi considérablement l'analyse, tout en la complexifiant. La combinaison des ordres juridiques est parfois harmonieuse, mais pas toujours. Des heurts peuvent survenir, ce que le célèbre arrêt *Bosman* a mis en lumière avec éclat s'agissant de la confrontation des ordres sportifs et européens. En outre, dans les interstices parfois béants nécessairement créés par cette pluralité d'ordres juridiques, les acteurs des marchés de l'emploi sportif, qu'ils soient clubs, joueurs ou agents, sont tentés de

s'engouffrer. En matière de transferts, le pluralisme des sources n'est pas toujours voué à vivre une existence paisible.

Objet de la recherche.- En prise permanente avec la réalité des pratiques et les inspirations des acteurs, l'opération de transfert ne se laisse pas facilement appréhender. La cerner avec précision est délicat. Tout n'est pas que financier dans les transferts, loin s'en faut. Les droits des contrats, international, social, fiscal et du sport en fixent les conditions de mise en œuvre. Au juriste d'essayer d'en dompter les fondamentaux et d'en comprendre les multiples facettes.

Au sein de ces échanges et flux, la phase préparatoire à la mobilité professionnelle du sportif transféré, celle du recrutement, concentre particulièrement l'attention. La négociation de la future, et encore éventuelle, relation contractuelle de travail est essentielle. Plus que tout autre, un acteur occupe alors un rôle central : l'agent sportif. Il incombe en effet à cet intermédiaire – et aux personnes assimilées, telles que les avocats le sont souvent, par exemple – de pallier les asymétries informationnelles inhérentes à des marchés du travail mondialisés. Les pratiques et droits façonnant les opérations de transfert s'enrichissent encore de l'intervention de ces acteurs.

A l'avenir, le droit applicable aux transferts des sportifs, particulièrement des footballeurs, devrait encore évoluer. De nombreux acteurs du sport professionnel, des fédérations sportives, des Etats, mais aussi les institutions européennes, en ont exprimé le souhait. La FIFA entend notamment réformer des pans entiers de sa réglementation. La formation pourrait être mieux indemnisée, par une effectivité accrue des prélèvements réalisés à ce titre sur les indemnités de transfert. La pratique des prêts de joueurs serait également amenée à évoluer du fait d'une limitation du nombre de prêts internationaux. Enfin, la réglementation de l'activité d'agent devrait être considérablement réformée, à l'issue d'une large consultation des différentes parties prenantes.

Invitant autant à la réflexion sur les sources du droit confrontées à un espace globalisé, qu'à l'analyse d'un droit vivant, fourmillant de créativité, au carrefour des disciplines, les transferts des sportifs constituent un objet d'étude complexe. A cet effet, plusieurs colloques internationaux ont été organisés au sein des Universités de Lyon III et de São Paulo (USP) en 2018 et 2019.

Contenu de l'ouvrage.- L'ouvrage « Les transferts des sportifs dans un monde globalisé » poursuit cette analyse. Publié chez LexisNexis, au sein de la collection « Perspective(s) », il comprend 300 pages, organisées selon un plan en trois parties.

La première est consacrée à l'opération de transfert, dans une approche par les sources du droit (Charles Dudognon), mais aussi par le droit des contrats, afin de distinguer l'opération de transfert de l'ingénierie contractuelle qui la met en œuvre (David Jacotot). Le financement des transferts est également analysé (Charles Bringand).

La deuxième partie est relative au rôle de l'agent sportif dans la négociation du transfert. Riche de quatorze contributions, elle distingue l'environnement normatif (Titre 1) et les modalités d'exercice de l'activité d'agent (Titre 2).

Une approche comparatiste est entreprise avec les droits brésilien, espagnol et portugais (Felipe Legrazie Ezabella, Vitor Butruce, Rodrigo Torturelli). Le droit belge applicable aux agents, récemment réformé, est également exposé (Melchior Wathelet). La conciliation de l'exercice de l'activité d'agent avec la liberté de circulation au sein de l'Union européenne fait aussi l'objet de développements (Franck Lagarde), avant que l'encadrement par les règlements des fédérations sportives internationales, notamment la FIFA, ne soit approfondi (David Jacotot, Roberto De Palma Barracco). Inévitablement, les agents sportifs ne sont pas absents de la jurisprudence du Tribunal arbitral du sport, et plusieurs dizaines de sentences rendues à ce propos ont été analysées (Mathieu Maisonneuve). Le constat est solidement établi : l'agent sportif est au cœur d'un pluralisme juridique (Jean Nicolau)

Au titre des modalités d'exercice des agents sportifs, il est d'abord plaidé pour une réglementation plus efficace de cette activité (Jean-François Brocard). Ce sont ensuite les modalités d'accès à la profession d'agent sportif (Charles Bringand et Olivier Martin), le traitement fiscal de leurs commissions (Franck Le Mentec), et leur implication dans la lutte anti-blanchiment (Jean-Michel Marmayou), qui sont étudiés. Un essai d'identification de principes généraux régissant l'activité d'agent sportif clôt cette partie (Jean Nicolau).

La troisième et dernière partie porte sur le prix du transfert. Les indemnités de transfert focalisent naturellement l'attention (Jean Nicolau), ainsi que les indemnités de formation versées à l'occasion d'un transfert (Grégory Singer). L'approche comparatiste invite toutefois à approfondir l'analyse du prix en s'intéressant aux différentes clauses parfois insérées dans les contrats de travail des sportifs afin de l'anticiper (Xavier Aumeran). Un minutieux travail de qualification est nécessaire afin de démêler, entre les différents droits, l'objet des clauses pratiquées, parfois imposées ou, au contraire, prohibées, selon les législations. Le regard se tourne alors vers les droits étrangers, qu'ils soient espagnol (Rodrigo Torturelli), brésilien (Leonardo Maximo) ou portugais (Miguel Santos Almeida), tous trois largement à l'avant-garde de ces multiples problématiques relatives au prix du transfert.

Monique Aimée MOUTHIEU épouse NJANDEU, agrégée des Facultés de droit, maître de conférences à l'Université de Yaoundé II, Le consommateur des technologies de l'information et de la communication en Afrique noire francophone, L'Harmattan-Paris, coll. Etudes africaines, 2021, 826 p.

C'est avec le plus grand plaisir que nous signalons à nos lecteurs la sortie du très bel ouvrage collectif dirigé par notre collègue Monique Aimée MOUTHIEU, qui participe très activement, et avec toujours une infinie amabilité, au développement et au rayonnement de l'AFDD en Afrique.

S'il faut dire un mot sur cet ouvrage consacré au consommateur des technologies de l'information et de la communication, peut-être qu'il faudrait commencer par situer son contexte même. L'idée naît en réalité d'un constat ; une lapalissade. Qui aujourd'hui n'est pas en contact avec un outil de communication électronique ? Il ne serait pas exagéré de répondre personne. De la grande entreprise située en plein cœur de la capitale à cet habitant d'une zone éloignée – sauf à rentrer dans les profondeurs d'une forêt inexploree ou de peuplades peu connues –, tous dans cette société qui se veut moderne sont devenus friands des communications électroniques avec le développement fulgurant des téléphones mobiles et des sites Internet.

La communication électronique, qui n'est qu'un aspect fusse-t-il central des technologies de télécommunications, s'appréhende comme une forme de communication par laquelle l'information est transmise au récepteur grâce à des signaux émanant de matériels électroniques. Les avantages de ce système sont tout autant énormes que les dérives qui l'accompagnent, tant dans les sociétés occidentales évoluées, instigatrices de ces technologies, que dans les pays encore émergents, qui en sont beaucoup plus les utilisateurs. Des efforts sont

déployés pour s'adapter à l'évolution et, surtout, pour endiguer l'aspect négatif qui l'accompagne, notamment du point de vue du consommateur. Au regard de l'ascension du consumérisme ainsi que de la dynamique juridique autour des TIC, il a fallu s'interroger sur la situation du consommateur des TIC.

L'interrogation qui, au départ n'était que fugace, a gagné en importance il y a de cela 5 années lorsque l'auteure réalise que, malgré l'existence d'un encadrement juridique sans cesse renouvelé, la littérature se faisait rare, surtout dans les pays d'Afrique noire francophone. On comprend alors que, le projet, d'abord ouvert, s'est, au fur et à mesure des recherches et des réceptions des contributions, restreint à cette zone géographique. Les raisons de ce peu d'engouement pourraient être liées à la technicité de la thématique ou au découragement face à la difficulté à implémenter quelques solutions avancées pour améliorer l'existant. Elles étaient en tout cas insuffisantes pour décourager Madame le Pr MOUTHIEU, qui a porté le projet de bout en bout, accompagnée par une équipe de chercheurs dévoués.

Le présent ouvrage est donc l'aboutissement d'un long travail minutieux de collaboration entre les praticiens et les universitaires, les théoriciens et les techniciens. Durant le temps de sa préparation, quelques réformes qui sont intervenues ont été immédiatement intégrées dans les analyses. Certaines données pratiques ont sûrement subi des modifications. Un discours autre peut s'être même pertinemment développé et des écrits parus, que l'importance de cet ouvrage pour le monde de la recherche et les utilisateurs des TIC ne se trouverait pas amoindrie.

Il doit son avantage tout d'abord à sa construction, portée par trente-cinq (35) contributions agencées autour d'un propos introductif et de sept sous-thèmes :

PROPOS INTRODUCTIF

Regard d'un universitaire sur la protection du consommateur des technologies de

l'information et de la communication

SOUS -THEME I

CONSOMMATEUR DES TIC ET PRINCIPES GENERAUX DU DROIT DE LA CONSOMMATION

- *L'égalité de traitement des consommateurs des TIC : le cas des parties au commerce électronique*
- *Le cadre juridique de l'information du consommateur dans le secteur des technologies de l'information et de la communication*
- *The protection of information and communication technologies users' privacy*
- *Le principe de satisfaction du consommateur en matière de communications électroniques*
- *La confiance du consommateur dans le contrat de vente en ligne*

SOUS-THEME II

POUVOIRS ET DEVOIRS DU CONSOMMATEUR DES TIC

- *Le pouvoir du consommateur des TIC*
- *Les devoirs du consommateur des produits et services de la télécommunication, de l'information et de la communication (tic) au Bénin*
- *Les obligations des consommateurs des services des communications électroniques au Cameroun*
- *Les déterminants de l'insatisfaction du consommateur camerounais des TIC*
- *Brèves réflexions sur quelques acquis et faiblesses de la protection du consommateur des TIC au Cameroun*

SOUS-THEME III

CONSOMMATEUR DES TIC ET INSTITUTIONS DE

PROTECTION

- *Le cadre organique de la protection des données personnelles au Bénin*
- *Les autorités de régulation des postes et télécommunications en Afrique*
- *Human rights abuses on ICT consumers in Anglophone Cameroon during ghost town*
- *Le concessionnaire de service public de communications électroniques à l'épreuve du droit de la consommation*
- *Le rôle des autorités de régulation dans la protection du consommateur*
- *Le rôle des autorités de régulation dans la protection du consommateur des services de communications électroniques*

SOUS-THEME IV

CONSOMMATEUR DES TIC ET MISE EN OEUVRE DE LA PROTECTION NORMATIVE ET TECHNIQUE

- *Les services de paiement mobile (mobile money) et la protection des consommateurs en zone CEMAC*
- *La protection de la vie privée du consommateur des TIC*
- *La responsabilité éditoriale du fait des publications en ligne*
- *La protection collective des intérêts des consommateurs des services de communications électroniques au Cameroun*
- *Sécurité du consommateur camerounais dans l'e-commerce*
- *La concurrence « assistée »*

SOUS-THEME V

CONSOMMATEUR DES TIC A L'EPREUVE DU CONTENTIEUX

- *La publicité trompeuse*
- *La réparation des préjudices nés des services de la communication électronique*
- *Le contentieux des tarifications abusives*
- *Le règlement des litiges de consommation des services de communications électroniques*

SOUS-THEME VI

CONSOMMATEUR DES TIC ET QUELQUES ASPECTS PENAUX

- *Le harcèlement du consommateur dans le droit camerounais*
- *La lutte contre la cybercriminalité en droit camerounais*
- *La répression des infractions de droit commun commises par le moyen des TIC*
- *La répression des infractions cybernétiques en droit béninois*

SOUS-THEME VII

CONSOMMATEUR ET OBJETS DERIVES DES TECHNOLOGIES

DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION

- *Réflexions sur la signature électronique en droit béninois*
- *Le propriétaire de la carte SIM*
- *L'accueil des drones dans l'espace juridique camerounais : regard actuel et regard prospectif*
- *Les objets connectés et le consommateur*

On le voit bien, cette construction est structurée autour des principes généraux du droit de la consommation éprouvés par les TIC ; des mécanismes communs et particuliers de protection du consommateur et surtout des garanties, notamment juridictionnelles de cette protection. Les auteurs se sont appesantis sur des principes tels que l'égalité, l'information et la satisfaction pour évaluer leur réalisation dans le domaine des TIC. Ils ne se sont pas contentés de marteler tous les droits et prérogatives auxquels ont droit les consommateurs. Ils ont aussi relevé les devoirs qui pèsent sur ceux-ci. Bien que des moyens normatifs, techniques et institutionnels soient mis en œuvre pour assurer l'équilibre entre la nécessité de protéger le consommateur et la poursuite des finalités économiques attachées aux TIC, de nombreuses failles sont encore relevées, liées non seulement au caractère embryonnaire du consumérisme en Afrique noire, mais aussi aux fluctuations, à la difficulté à maîtriser l'évolution des TIC. D'importants efforts doivent être fournis pour lutter contre la publicité mensongère, la cybercriminalité, ou pour réparer les préjudices causés aux consommateurs.

L'ouvrage doit également sa qualité à sa méthodologie. Pluridisciplinaire et alliant délibérément théorie et pratique, l'ouvrage a été réalisé grâce à un cocktail de méthodes propres aux sciences sociales et expérimentales. Il est riche de données chiffrées, d'analyses critiques et comparatives, de références sociologiques et économiques, permettant de mieux cerner la question de la protection du consommateur des TIC en Afrique noire francophone.

L'ouvrage doit enfin sa pertinence au fait que les contributions ne se limitent pas à un état des lieux. Après avoir relevé le cadre juridique de la protection du consommateur des TIC qui, en raison même de l'absence de frontière de ces technologies ne saurait se limiter à l'espace défini, les différents auteurs n'ont pas manqué, aux lacunes observées, de suggérer des pistes d'amélioration.

L'ouvrage soulève pour finir des questionnements auxquels, les contributeurs l'avoueront, n'ont pu trouver de réponse. C'est pourquoi ils espèrent avoir donné

le ton pour une production scientifique ultérieure plus nourrie et ininterrompue jusqu'à la nouvelle trouvaille technologique.

Interview de Fanny DESSAINJEAN

Docteur en droit

Organisatrice du Colloque sur « Lenteur et Droit » (8 juin 2021),

soutenu par l'AFDD



Fanny, peux-tu présenter en quelques mots ?

Je m'appelle Fanny Dessainjean, Docteure en droit privé, ruraliste. J'ai soutenu ma thèse, intitulée « La réservation des innovations variétales » (directrice : Madame le Professeur LAROCHE ; codirecteur : Monsieur PESSINA, Maître de conférences HDR), le 20 septembre 2019 à l'Université de Rouen-Normandie – École doctorale Droit Normandie – CUREJ. Actuellement chercheuse post-doctorante à la Faculté de Droit - Antenne de Laval - Le Mans Université, j'ai notamment pour mission d'aider au développement de la Chaire universitaire de recherche Droit et Transitions sociétales rattachée au laboratoire de recherche

Thémis-UM, EA n ° 4333. Je suis également membre associée du CUREJ, EA n ° 4703.

Ma thèse a été présentée et recensée par l'Académie d'Agriculture de France en 2020, sous l'analyse de Monsieur le Professeur BOSSE-PLATIÈRE et, cette année, j'ai obtenu avec Madame Hélène COURADES le prix Louis Lorvellec décerné par la direction scientifique de la revue de Droit rural (LexisNexis).

Cette thèse se veut une contribution à l'étude interniste de la propriété des nouvelles variétés végétales à partir du régime dédié aux obtentions végétales dans le domaine agricole. Le fait que ces innovations, contenues dans les semences, soient les premiers maillons de la chaîne alimentaire, nécessaires à la production d'aliments, a motivé cette démarche d'ensemble. La prise en compte d'une transition agricole et écologique *via* le droit privé ainsi que les enjeux ayant trait à la sécurité alimentaire et aux fonctions vitales de ces innovations ont également été des sources de motivation. La recherche d'équilibres entre les différents intérêts, droits et obligations et la proposition d'alternatives complémentaires sous-tendent ma thèse.

Pourquoi avoir choisi de faire une thèse ?

Plusieurs déclics se sont produits lors de ma deuxième année de master (master II Droit du Patrimoine et des activités culturelles (Université de Rouen-Normandie)). J'ai pu approfondir certaines matières, en découvrir d'autres, saisir les interdépendances entre plusieurs questions et comprendre les enjeux qui en découlent. Or, si les domaines agricoles, alimentaires et environnementaux font partie de mon quotidien depuis mon enfance, ces questions se sont associées et ont pris du sens grâce au Droit et plus précisément à partir de l'association de plusieurs matières de droit privé. Le choix du sujet a été rapidement effectué :

les problématiques ayant trait aux innovations variétales agricoles et à la sécurité alimentaire l'ont emportées.

Peux-tu nous parler un peu de ton parcours doctoral, et aussi de l'après thèse ?

Au fur et à mesure de l'avancée de mes travaux de recherches, j'ai de plus en plus apprécié le droit rural. Toutefois, j'ai dû circonscrire mon sujet, même si ma démarche est transversale. Quatre termes ont guidé mon travail : équilibre, complémentarité, transition et transmission. Ces termes sont toujours mes repères.

La direction de la thèse compte beaucoup. Il y a des rencontres qui permettent d'aller au bout. Les échanges avec tous les enseignants-chercheurs et experts ont été importants à différents stades de mon travail. Les soutiens de ma famille, de mes amis et de mes collègues doctorants ont été également primordiaux. « Quelques mots » suffisent pour se remobiliser. Même si le doctorat est un exercice solitaire, nous ne sommes rien sans autrui. L'école doctorale a plutôt occupé une fonction administrative pendant mon doctorat. Ce sont surtout les rencontres qui ont fait la différence et qui me permettent aujourd'hui d'évoluer et de travailler.

L'enseignement (travaux dirigés) a aussi été une révélation. Transmettre est une mission passionnante, développer des méthodes et des outils pédagogiques l'est également. Ce qui est regrettable, c'est le manque de temps avec les étudiants. Enseigner permet d'évoluer soi-même et de travailler en équipe.

En parallèle, j'ai pu co-organiser plusieurs journées d'études. Ce sont de riches expériences scientifiques et humaines. Co-organiser des événements scientifiques est formateur à tous les niveaux. Des liens se créent aussi. Toutes

ces expériences pendant le doctorat ont été enrichissantes, ont été des sources d'évolutions et me permettent aujourd'hui de travailler à la Chaire de recherches en Droit et transitions sociétales à Laval. Je souhaiterais poursuivre dans cette voie professionnelle et m'investir davantage dans le droit rural. L'édition et la légistique m'intéressent également. Cette continuité s'illustre par la co-organisation du colloque *Lenteur & Droit* (8 juin 2021).

Peux-tu également nous dire quelques mots de ce colloque du 8 juin 2021 sur *Lenteur & Droit* ? Un thème pour le moins original en ces temps d'immédiateté et de réactivité...

En septembre 2020, des doctorants et de jeunes docteurs en droit rouennais voulaient aller de l'avant collectivement. La crise sanitaire n'a pas été un obstacle. L'envie d'organiser un colloque par et pour les jeunes chercheurs a été plus forte et s'est progressivement formalisée. C'était aussi le moyen de renouer avec une tradition rouennaise et de permettre aux plus jeunes d'acquérir de l'expérience. De plus, le travail d'équipe, le partage et la transmission sont d'autant plus importants dans le contexte actuel.

Plus nous réfléchissions à un thème, plus l'étude de la lenteur par rapport au droit s'est imposée à nous tous. Ce thème est en quelque sorte un contrepied aux mesures prises dans l'urgence ou pour cause d'urgence. Ceci peut aussi constituer une « pause » par rapport à une société de l'immédiateté. « *Rien ne sert de courir, il faut partir à point* » (Jean de La Fontaine, « Le lièvre et la tortue », in *Les Fables de la Fontaine*, Fable X, Livre VI). Toutefois, est-ce possible au niveau juridique ? Nous nous sommes donc questionnés sur la pertinence de la lenteur en droit.

À partir de ces premières réflexions et grâce à des recherches supplémentaires, un syllabus scientifique a été rédigé. Celui-ci a été présenté à nos deux co-

directeurs scientifiques Madame le Professeur LAROCHE et Monsieur le Professeur TCHEN et, Monsieur le Professeur MESTRE a accepté de nous parrainer et de réaliser les propos conclusifs. Le colloque Lenteur et Droit, organisé par sept jeunes chercheurs en droit rouennais : Madame Tiffany RONZIER (doctorante en droit privé), Monsieur Clément LAFORGE (doctorant en droit public), Monsieur Antoine LABELLE (doctorant en droit public), Monsieur Victor VANIER (doctorant en droit public), Monsieur Jean-Baptiste LEGENDRE (docteur en droit public) et Monsieur Arnaud MÉNARD (docteur en droit public) et moi-même, avec le concours du CUREJ, de la Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion de Rouen, de l'Université de Rouen-Normandie et de Normandie Doc pourra ainsi avoir lieu. Je profite de cet échange pour remercier toutes les personnes qui se sont investies et s'investissent à nos côtés.

Le colloque Lenteur et Droit se déroulera le 8 juin 2021 en distanciel de 8h30 à 17h. Ce sont ainsi quatorze jeunes chercheurs en droit qui interviendront à l'occasion de trois axes : I. Les complexités de la lenteur, II. Les utilités de la lenteur, III. Les limites de la lenteur présidées par Madame le Professeur LEGROS et Messieurs les Professeurs ADALID et HAQUET. La diversité des sujets et des domaines augure de riches échanges. L'histoire du droit, la philosophie du droit, le droit constitutionnel, le droit des libertés fondamentales, le droit administratif, le droit des collectivités territoriales, le droit des entreprises en difficulté, les sources du droit privé, le droit de la famille, le droit des personnes, la procédure pénale sont les principales matières représentées.

Bien qu'organisé par de jeunes chercheurs, le colloque s'adresse bien sûr à toutes et tous. Pour y assister, il suffit de s'inscrire au préalable (avant le 4 juin) à l'adresse e-mail suivante lenteuretdroit.rouen@gmail.com. Nous espérons que le public, même à distance, sera nombreux.

Un mot de conclusion, ou une phrase si tu préfères...

Unus pro omnibus, omnes pro uno.

COVID-19 et le regain du solidarisme contractuel

Ramsès AKONO ADAM - Docteur en droit, Enseignant-chercheur à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré-Cameroun

Résumé

La pandémie relative à la Covid-19 constitue une crise d'urgence sanitaire de portée mondiale qui a contraint les pouvoirs publics des Etats dans le monde à adopter des mesures exceptionnelles de prévention et de riposte en vue de limiter sa propagation. Le contrat, est sans nul doute l'un des instruments juridiques qui a été le plus affecté. Les obstacles rencontrés par des parties à la formation et à l'exécution du contrat offrent un champ d'expression fertile au solidarisme contractuel. Cette doctrine 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. En effet, la présente réflexion entend modestement montrer que l'apparition de la pandémie due au coronavirus (Covid-19) remet au-devant de l'actualité juridique le solidarisme contractuel. Force est de constater un regain de faveur des outils d'expression du solidarisme contractuel reçus par le droit positif. Cependant, ce constat ne devrait pas conduire à perdre de vue que le contrat est très souvent le support d'une opération ou d'une activité économique qui engendre une attente ou expectativa chez l'autre partie. Il est dès lors suggéré de la mesure dans l'appréhension, l'interprétation et la mise en œuvre des outils du solidarisme contractuel.

1. Il va sans dire que la survenance de la Covid-19 a plongé le monde dans une véritable et profonde incertitude, scientifique, sanitaire, économique et juridique. La Covid-19 est une maladie respiratoire, infectieuse, mortelle, surtout chez les patients fragilisés par l'âge ou une autre maladie. Elle est provoquée par un coronavirus (le SARS- CoV-2) qui fait partie d'une vaste famille de virus pathogènes susceptibles d'affecter aussi bien les hommes que les animaux²¹¹. Apparue dans la ville de Wuhan, la province du Hubei en Chine, la maladie à coronavirus 2019, s'est, à une vitesse fulgurante, muée en épidémie d'abord, puis en pandémie au point d'obliger l'organisation mondiale de la santé (OMS) à juger finalement de la nécessité de la qualifier « d'urgence sanitaire de portée internationale ». Pour mener à bien la « guerre »²¹² contre la Covid-19, une même arme est à la disposition de tous les pays frappés par cette pandémie : le droit²¹³. Nul besoin de le rappeler qu'il est acquis depuis longtemps qu'un droit bien pensé et bien formulé devenait la principale source de sécurité dans un océan de doute. En effet, la règle de droit est de plus en plus sollicitée, soit comme un remède pour faire face aux effets néfastes de la pandémie sur la vie sociale et économique, soit comme un outil d'affaiblissement, de limitation des normes existantes en vue de les adapter aux contraintes imposées par la crise sanitaire. « A situation exceptionnelle, législation d'exception ». En effet, un arsenal de mesures restrictives de libertés, visant à contenir le risque de propagation du virus sur recommandations de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) ont été prises par divers pouvoirs publics des Etats dans le monde²¹⁴. Il s'agissait entre

²¹¹ <https://www.futura-sciences.com/sante/definitions/coronavirus-covid-19-18585/>.

²¹² C. Jamin, « Ce que le Covid-19 (la guerre) fait aux juristes », D. 2020, p. 761.

²¹³ M. Mekki, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », Dossier spécial : *Covid-19 et Contrat*, AJ Contrat, Avril 2020, 164.

²¹⁴ Pour ce qui est de la République du Cameroun, c'est par une Déclaration spéciale du premier ministre du 17 mars 2020 que cette autorité rendait publiques treize mesures restrictives de droits et de libertés décidées « sur hautes instructions du chef de l'Etat ». Une autre Déclaration de la même autorité en date du 30 avril 2020 rendait publiques des mesures d'assouplissement et de soutien des secteurs économiques durement impactés par la crise sanitaire, v. www.spm.gov.cm, consulté le 19/05/2020. La plupart des mesures de restriction des libertés

autres : de la fermeture des frontières, des établissements scolaires, universitaires et professionnels, des marchés, des lieux de commerce non indispensables, des lieux de plaisir, de loisir et des cultes religieux, la suspension des vols vers les pays à risque, l'interdiction des rassemblements d'un nombre important de personnes. Certains pays développés frappés durement par la pandémie avaient décidé du confinement total de leurs populations. En France, une loi du 23 mars 2020 a instauré l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 23 mai 2020²¹⁵ et la loi du 11 mai 2020 a prorogé cet état jusqu'au 10 juillet 2020²¹⁶. A ces textes, l'on a ajouté des ordonnances ayant pour objet de gérer l'urgence dans plusieurs matières juridiques²¹⁷. Ce dispositif a profondément perturbé la

comme la fermeture des frontières, des établissements et universités, des lieux de culte et de loisirs, la modification des règles applicables aux transports publics, la réduction du temps d'ouverture des débits de boissons etc ont été jugées illégales par la doctrine, parce que non sous tendues par des textes à caractère législatif ou même réglementaire. On peut s'interroger sur la valeur et la portée juridique des différents communiqués du premier ministre camerounais contenant des mesures de riposte face à la pandémie de Coronavirus, v. en ce sens, J. Djeuya Tchoupo, « La lutte contre le Corona virus (Covid-19) au Cameroun : Recherches sur les fondements juridiques de la stratégie gouvernementale de riposte face à la pandémie », Le NEMRO, Revue Trimestrielle de Droit Economique, Avril/Juin 2020, Dossier spécial : *La Covid-19 et le droit*, p. 300 ; G. F. Ondoua Akoa, « Covid-19 et liberté publique et droits fondamentaux, la liberté d'aller et de venir à l'épreuve du Covid-19 », Le NEMRO, Revue Trimestrielle de Droit Economique, Avril/Juin 2020, Dossier spécial : *La Covid-19 et le droit*, p. 447 ; M. Timtchueng, « La mise à l'écart des familles du processus d'inhumation des victimes de la Covid-19 au Cameroun : Analyse socio-juridique d'une mesure excessive de riposte à la propagation de la pandémie », Le NEMRO, Revue Trimestrielle de Droit Economique, Avril/Juin 2020, Dossier spécial : *La Covid-19 et le droit*, p. 23.

²¹⁵ Loi n°2020-290, 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, JO, 24 mars 2020, texte n°2.

²¹⁶ Loi n°2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

²¹⁷ V. Entre autres : l'Ordonnance n°2020-306 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période. Texte partiellement réécrit par une Ordonnance n°2020-427 du 15 avril 2020 portant diverses dispositions en matière de délais pour faire face à l'épidémie de Covid-19. Ordonnance n°2020-315 du 25 mars 2020 relative aux conditions financières de résolution de certains contrats de voyages touristiques et de séjours en cas de circonstances exceptionnelles et inévitables ou de force majeure ; Ordonnance n°2020-316 du 25 mars 2020 relative au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la prorogation de l'épidémie de Covid-19 ; Ordonnance n°2020-321 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles de réunion et de délibération des assemblées et

formation et l'exécution des contrats²¹⁸. La crise a plongé de nombreux opérateurs économiques dans le désarroi. Certains éprouvent de sérieuses difficultés à honorer leurs engagements. D'autres, parce que privés d'activité, se trouvent dans l'impossibilité d'exécuter les obligations contractuelles. Les commerçants dont les sources de revenus se sont taries du fait de ces mesures sont-ils dans l'obligation de payer leurs charges ? peuvent-ils cesser de payer leurs loyers, leurs redevances de franchise ou de concession ? peuvent-ils cesser d'exécuter leur obligation d'exploiter leurs locaux, leurs engagements de quota, de transfert de savoir-faire ou d'assistance ? peuvent-ils refuser d'exécuter des contrats de fourniture devenus inutiles ? Autrement dit, le principe de la force obligatoire sur lequel le contrat a toujours reposé doit-il prévaloir ou devrait-on encourager ou imposer la solidarité aux contractants ? Ces interrogations remettent sans doute au goût du jour le « fameux débat »

organes dirigeants des personnes morales et entités de personnes morales de droit privé en raison de l'épidémie de covid-19 ; Ordonnance n°2020-318 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles relatives à l'établissement, l'arrêté, l'audit, la revue, l'approbation et la publication des comptes et des autres documents et informations que les personnes morales et entités dépourvues de personnalité morale de droit privé sont tenues de déposer ou publier dans le contexte de l'épidémie de covid-19 ; Ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale ; Ordonnance n°2020-304 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale et aux contrats de syndicat de copropriété etc.

²¹⁸ V. Dossier spécial : *Covid-19 et Contrat*, AJ Contrat, Avril 2020, 163 ; J. Heinich, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », D. 2020. 611 ; M. Behar-Touchais, « L'impact d'une crise sanitaire sur les contrats en droit commercial », JCP E 2020. 1162 ; D. Houtcieff, « Régime dérogatoire d'exécution des contrats dans le cadre de la crise sanitaire : exécuter ou ne pas exécuter ? », Lexbase, La lettre juridique, hebdo-éd. privée, n° 820, 9 avr. 2020 ; P. Briand, « Les relations commerciales dans la tourmente de l'épidémie », JCP 2020. 513 ; O. Deshayes, « La prorogation des délais en période de covid-19 : quels effets sur les contrats ? », D. 2020, p. 831 ; C. E. Bucher, « Contrats : la force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de Covid-19 ? », Contrats Concurrence Consommation, n°4, Avril 2020, Etude 5 ; B. Haftel, « Le Covid-19 et les contrats internationaux », D. 2020, p. 1040 ; A. Sunkam Kamdem, « L'impact du Covid-19 sur l'exécution des obligations contractuelles », Le NEMRO, Revue Trimestrielle de Droit Economique, Avril/Juin 2020, Dossier spécial : *La Covid-19 et le droit*, p. 45 ; S. P. Kouam, « Le Coronavirus (Covid-19) et la révision de la théorie de l'imprévision », Le NEMRO, Revue Trimestrielle de Droit Economique, Avril/Juin 2020, Dossier spécial : *La Covid-19 et le droit*, p. 58.

entre la doctrine de l'individualisme contractuel et celle du solidarisme contractuel.

2. Cette crise sanitaire aux contours incertains et imprévisibles exige des citoyens d'une manière générale et des contractants en particulier la solidarité, l'altruisme, la patience, l'indulgence, la cohérence, le sens de la mesure, l'assistance mutuelle, l'abnégation, la collaboration, la bienveillance dans les pensées et les actes. Partant de ces exigences, les contractants ne peuvent dès lors pas se confiner égoïstement dans une lecture desséchante de la lettre du contrat, ils doivent s'inspirer de son esprit et tenir compte de la situation qui prévaut au moment de l'exécution en vue de satisfaire respectivement leurs intérêts légitimes. Le contrat est alors envisagé comme « le creuset de l'intérêt commun des parties et le siège d'une union sacrée entre les contractants face à la crise qui peut frapper l'un des partenaires, ce qui se traduit par un double devoir de coopération et d'abnégation »²¹⁹. Qui mieux que la doctrine du solidarisme contractuel²²⁰ pour cristalliser et promouvoir ces valeurs ?

3. Sans qu'il soit nécessaire de remonter toute l'histoire relative à la genèse de la doctrine du solidarisme contractuel, l'on doit à la vérité de considérer le solidarisme contractuel comme un courant de pensée qui entend « penser le

²¹⁹ D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *l'avenir du droit*, Mélanges en Hommage à F. Terré, Dalloz, Puf, Editions du Juris -classeur, Paris, 1999, p. 609.

²²⁰ Pour toute étude sur la doctrine du solidarisme contractuel, v. C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Etudes J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441 ; « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *Le solidarisme contractuel* s/dir. De L. Grynbaum et M. Nicod, Paris, Economica, 2004, p. 159 ; « Le solidarisme contractuel : un regard franco-qubécois », 9^{ème} Conférence Albert Mayrand 2005, Les Editions Thémis 2005, p. 5 ; « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in *La nouvelle crise du contrat*, s/dir. De C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz 2003, p. 7 et s. ; « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », *Droit et patrimoine*, mars 1998, p. 46 et s., sp. p. 56 ; « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », Mélanges en Hommage à F. Terré, Dalloz, Puf, Editions du Juris -classeur, Paris, 1999, p. 125 et s., sp. p. 135 et s. ; P. Rémy, « Genèse du solidarisme », in *Le solidarisme contractuel* s/dir. De L. Grynbaum et M. Nicod, Paris, Economica, 2004, p. 3 ; A. S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, préf. E. Loquin, Litec, coll. « Centre de recherches sur le droit des marchés et des investissements internationaux », 2006, vol. 27.

contrat autrement »²²¹ en faisant de ce dernier un haut lieu de sociabilité, de civilité, d'amitié et de solidarité où chacune des parties devrait prendre en considération les intérêts de son partenaire, et même, pourquoi pas, de les privilégier²²². C'est une « doctrine qui érige en principe du droit des contrats les exigences de loyauté, de solidarité ou de bonne foi et qui impose aux contractants l'obligation de collaborer »²²³. La vision solidariste du contrat vise le rétablissement de l'équilibre de droits entre des parties inégales de fait. Fondée sur le postulat d'une inégalité entre les contractants, la doctrine solidariste suggère une refondation du droit des contrats lequel est invité à emprunter une voie médiane entre « un libéralisme sauvage et béat et un socialisme dirigiste et bigot »²²⁴. Le contrat devrait être perçu comme un instrument de collaboration²²⁵ où l'échange des biens et services l'emporte sur l'opposition des intérêts individualistes afin de conjurer les excès du libéralisme, les méfaits de l'individualisme contractuel et la dictature du marché. Aucun contractant ne doit utiliser les faiblesses de l'autre pour tirer injustement un avantage quelconque de la relation contractuelle. Selon René Demogue²²⁶, un des chantres du solidarisme contractuel, le contrat serait non le résultat d'une tension entre des intérêts antagonistes mais « une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis (par les contractants), absolument comme la société civile ou commerciale ». L'avènement d'un « monde contractuel meilleur », serait dès lors symbolisé par la « nouvelle devise

²²¹ M. Mekki « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », RDC, 2010, n°1, p. 385, spéc. n°8.

²²² V. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12^{ème} édition, 2019, p. 46 et s.

²²³ L. Grynbaum et M. Nicod (s./dir.), « Avant-propos » des Actes du colloque sur *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. IV et s, spéc. p. VII. Voir également les contributions suivantes : P. Rémy, « La genèse du solidarisme », ibid. p. 3 et s. ; P. Mazet, « Le courant solidariste », ibid. p. 13 et s. ; L. Grynbaum, « La notion de solidarisme contractuel », ibid. p. 25 et s.

²²⁴ D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., p. 608.

²²⁵ J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats*, Journées René Savatier, Paris, PUF 1986, p. 45.

²²⁶ V. Son ouvrage, *Traité des obligations en général*, t.6, 1931, n°3.

contractuelle » « loyauté, solidarité, fraternité » dont les contours et le contenu avaient été savamment exposés par une doctrine avisée²²⁷. Suivant ce postulat, la nouvelle vision du contrat procède du dépassement d'une conception classique, autonomiste, individualiste, antagoniste, égoïste du contrat selon laquelle tous les contractants sont libres et égaux et chacun est le « meilleur juge de ses intérêts ». En vertu de la « nouvelle devise contractuelle » représentative du solidarisme contractuel, se dessine une nouvelle façon de considérer le contrat comme une union d'intérêts équilibrés, instrument de coopération loyale, œuvre de mutuelle confiance. La vigueur juridique du lien contractuel ne saurait en aucun cas justifier l'anéantissement économique d'un des contractants. La force obligatoire du contrat contenue à l'alinéa 1 de l'article 1134 du Code civil de 1804 ne peut constituer l'alibi permettant à un contractant de confisquer le contrat à son seul profit au point de sacrifier les intérêts de son partenaire ; l'alinéa 3 du même article au nom de l'idée de bonne foi s'y oppose. Cette vision du contrat a été jugée par d'aucuns d'angélique et d'idéalisée, le contrat n'est pas et ne doit pas être une œuvre de charité²²⁸. Mais, un examen méticuleux du droit positif révèle la fragilité de l'argumentaire qui considère que les impératifs de prévisibilité, de stabilité contractuelle et de sécurité juridique sont sacrifiés à l'aune du moralisme et du solidarisme contractuel. De nos jours, la réalité contractuelle laisse apercevoir que l'on intègre de plus en plus l'idée que la rigidité du lien contractuel compose avec sa nécessaire flexibilité²²⁹. De la sorte, la survenance de la pandémie à Coronavirus (Covid-19), constitue dès lors une heureuse opportunité pour le juge de réactiver et revivifier les outils juridiques du solidarisme contractuel. Les obstacles à la formation et à l'exécution normale du contrat causés par la crise sanitaire appellent à une mobilisation des outils

²²⁷ D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., p. 603.

²²⁸ V. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 47 et s. ; J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, t. IV, PUF, 2000, n°114 ; H. Lécuyer, « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », LPA, 6 mai 1998, p. 44 et s.

²²⁹ D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », RDC, octobre 2003, p. 296, n°2.

légaux et jurisprudentiels d'expression du solidarisme contractuel tels que notamment : le principe de bonne foi, les devoirs de modération, de cohérence, de coopération, la force majeure, l'imprévision, la caducité, l'abus, l'obligation de minimiser le dommage etc. L'occasion est dès lors donnée de tester les conditions et les modalités d'application de ces outils. La jurisprudence est appelée à jouer un rôle majeur dans la prise en compte des idées et des règles du solidarisme contractuel puisque le contexte s'y prête. C'est à l'épreuve des faits que l'esprit et la lettre du solidarisme contractuel seront testés et appréciés. Une appréciation au cas par cas s'avère alors nécessaire. En effet, trop de solidarisme nuira certainement à la sécurité juridique, mieux au libéralisme et à l'efficacité économique. La politique juridique que les juges auront à adopter est celle qui concilie les intérêts des parties au contrat (débiteur et créancier)²³⁰. Le « nouvel ordre contractuel »²³¹ dans lequel s'inscrit cette étude promeut le « métissage des valeurs »²³² : liberté mais loyauté, stabilité mais équité, sécurité mais justice et solidarité. En une phrase, les impératifs de liberté, de prévisibilité, de sécurité juridique et de stabilité contractuelles doivent conjuguer avec les vertus de l'humanisme contractuel (les exigences d'équité, de loyauté, de proportionnalité, de cohérence, de solidarité etc).

4. En considération de ce qui précède, la question qu'il convient de se poser est celle de savoir si la survenance de la covid-19 et les mesures restrictives de libertés prises par les pouvoirs publics remettent-elles au goût du jour les règles expressives du solidarisme contractuel ? Si oui ce regain de faveur devrait-il être absolu au point d'ignorer et de sacrifier les autres valeurs et impératifs qui structurent la sphère contractuelle ? En effet, la présente réflexion entend modestement montrer que l'apparition de la pandémie due au coronavirus (Covid-19) revivifie le solidarisme contractuel **(I)**. Force est de constater un

²³⁰ C. Grimaldi, « Quelle jurisprudence demain pour l'épidémie de covid-19 en droit des contrats ? », D. 2020, p. 827.

²³¹ Ibid.

²³² V. D. Mazeaud, « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz, Dalloz 2006, p. 371, spéc. p. 373.

regain d'intérêt des outils d'expression du solidarisme contractuel reçus par le droit positif. Cependant, ce constat ne devrait pas conduire à perdre de vue que le contrat est très souvent le support d'une opération ou d'une activité économique qui engendre une attente ou expectative chez l'autre partie. Il est dès lors suggéré de la mesure dans l'appréhension, l'interprétation et la mise en œuvre des outils du solidarisme contractuel **(II)**.

I. Le regain d'intérêt du solidarisme contractuel

5. La pandémie relative à la Covid-19 constitue une crise d'urgence sanitaire de portée mondiale qui a contraint les pouvoirs publics des Etats dans le monde à adopter des mesures exceptionnelles de prévention et de riposte en vue de limiter sa propagation. Le contrat, en raison de l'arrêt de l'activité économique et des mesures draconiennes imposées par des pouvoirs publics, est sans nul doute l'un des instruments juridiques qui a été le plus affecté. Les obstacles rencontrés par des parties à la formation et à l'exécution du contrat **(A)** offrent un champ d'expression fertile aux idées solidaristes. La gravité et l'ampleur de la crise sont telles que les acteurs du contrat ne manqueront pas de saisir l'opportunité de revivifier le solidarisme contractuel **(B)**.

A. Le contexte favorable au regain d'intérêt du solidarisme contractuel

6. La pandémie elle-même comme les mesures autoritaires prises par les gouvernements des Etats dans le monde ont eu un réel impact sur les contrats. Le contexte créé est favorable à la remise devant la scène juridique des idées du solidarisme contractuel. Ce contexte, contrairement à ce qui apparaît au premier coup d'œil, ne vise pas seulement la phase d'exécution du contrat **(2)**, mais aussi celle de sa formation **(1)**.

I. Le contexte favorable au regain d'intérêt du solidarisme contractuel lors de la formation du contrat

7. S'il est une distinction bien établie en droit des contrats, c'est bien celle qui porte sur la formation et l'exécution du contrat, à tel point que la plupart des

ouvrages de droit des obligations sont articulés autour de cette *summa divisio*²³³. La doctrine²³⁴ suggère deux approches dont l'examen permet de mieux cerner la distinction entre la formation et l'exécution du contrat. Une première approche se situe dans une perspective essentiellement temporelle et chronologique. Ainsi, la formation du contrat est une période qui « va de l'ouverture des pourparlers à la conclusion définitive du contrat ou au constat d'échec » ou « celle qui s'étend de la simple manifestation de la volonté de contracter jusqu'aux avants - contrats les plus élaborés ». La notion de formation renvoie dès lors au processus de naissance du contrat qui va de sa négociation à son élaboration. La seconde approche est fonctionnelle. Suivant celle-ci, la formation du contrat renvoie davantage à l'étude des éléments nécessaires à son existence et à sa validité (consentement, capacité, objet et cause).

8. Cette phase du contrat, contrairement à ce qu'on pourrait *a priori* penser, ne semble pas avoir été épargnée par la pandémie due au corona virus ainsi que les conséquences qui en ont découlé. La survenance de la pandémie impacte sans doute la formation des contrats, en la rendant soit difficile, soit impossible. Les pourparlers, en raison des mesures restrictives des libertés imposées par les pouvoirs publics sont perturbés. Ainsi, la gestation et la rencontre des volontés pendant la période précontractuelle se trouvent menacées. Certains contrats n'ont pas pu être conclus à cause du ralentissement et même de l'arrêt de l'activité économique. Ces perturbations ont eu entre autres comme conséquence la prise en compte de l'importance du numérique. Le numérique est devenu un outil de travail aussi bien pour l'administration publique que pour les entreprises privées. S'agissant de ces dernières, des règles de gouvernance des

²³³ Certaines études montrent que cette distinction classique n'est plus absolue. Il est manifeste de constater une « fluidité des frontières temporelles et spatiales » dans le droit positif des contrats, D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », op. cit., p. 307 et s. ; « Regards positifs et prospectifs sur le « nouveau monde contractuel », LPA, 07 mai 2004, n°92, p. 47.

²³⁴ C. Jamin, « Pour en finir avec la formation du contrat », in *le Contrat*, LPA, n° spéc., 6 mai 1998, p. 25 ; B. Fages, « Le contrat en mouvement », *Droit et patrimoine*, n°72, juin 1999, p. 58 et s. ; Y. Kalieu Elongo, « La distinction entre la formation et l'exécution du contrat », *Afrilex* n°5, www.Afrilex.u-bordeaux4.fr., p. 111 et s.

sociétés commerciales et entités dépourvues de personnalité morale de droit privé ont été revues et adaptées dans le sens de privilégier les outils électroniques pour leur fonctionnement²³⁵. En matière contractuelle, on assisterait dès lors à une implosion du contrat électronique qui, non seulement transcende les frontières, mais aussi est susceptible de protéger les parties, en raison de la réduction des risques de contamination et du formalisme qui le caractérise²³⁶.

9. La phase de la formation du contrat, n'étant pas à l'abri des vicissitudes provoquées par la pandémie, l'on devrait s'attendre dans les jours à venir à une meilleure prise en compte des crises sanitaires dans la rédaction des clauses contractuelles d'anticipation de l'imprévu. Aussi observe-t-on, à la suite de l'exploitation des règles présidant à la formation du contrat, celles empreintes des idées solidaristes. Avant de les passer au crible d'une analyse minutieuse, il sera tout d'abord présenté le contexte favorable au regain d'intérêt du solidarisme contractuel lors de l'exécution du contrat.

2. Le contexte favorable au regain d'intérêt du solidarisme contractuel lors de l'exécution du contrat

10. Bien que la démarcation ne soit plus très nette en droit contemporain des contrats entre la période de formation et celle de l'exécution du contrat, force est néanmoins de relever que la période correspondant à l'exécution du contrat va de sa formation telle que définie dans les développements précédents à son extinction. C'est la phase des effets du contrat, dans laquelle les parties sont tenues de respecter les engagements pris au moment de la conclusion et qui ne peuvent plus normalement être modifiés selon le principe de la force obligatoire.

²³⁵ V. N. Rontchevsky, « Crise sanitaire, crise économique et gouvernance des sociétés dans la perspective du « monde d'après » », D. 2020, p. 721 ; A. Couret, J. J. Daigre et C. Barrillon, « Les assemblées et les conseils dans la crise, les mesures provisoires d'exception adoptées par ordonnance », D. 2020, p. 723 ; R. Mortier et B. Zabala, « Société-Ordonnances covid-19 et droit des sociétés », JCP E, n°15-16, 9 avril 2020, 1160 ; A. Reygrobellet, « Le droit des sociétés en période d'état d'urgence sanitaire », Rev. soc. 2020, p. 275.

²³⁶ V. C. Ngono, « La covid-19 et la formation du contrat », Le NEMRO, Revue Trimestrielle de Droit Economique, Avril/Juin 2020, Dossier spécial : *La Covid-19 et le droit*, p. 80.

Cette phase est la plus visée par la doctrine²³⁷ qui s'est intéressée, aussitôt la crise sanitaire survenue à son impact sur les rapports contractuels.

11. La covid-19 est un fait social à forte incidence juridique. Sa survenance a entraîné de sérieuses perturbations à l'exécution du contrat. C'est vrai que l'ampleur de l'épidémie varie en fonction des continents. Il y a dès lors tout lieu de scruter scrupuleusement le contexte dans lequel s'exécute la relation contractuelle. Le continent africain, en raison de la jeunesse de sa population et de sa faible insertion dans les réseaux internationaux, paraît résister que le reste du monde à la crise sanitaire²³⁸. Mais, ne négligeons pas le fait que son économie a été durement affectée par la crise sanitaire et les mesures restrictives de libertés imposées dans les pays développés.

Du fait des règles de confinement imposées dans ces pays, certains acteurs de l'économie se sont ainsi vus interdire d'exécuter les contrats conclus. Les concerts, événements sportifs, projections cinématographiques... étant interdits, les organisateurs se voyaient légalement dans l'impossibilité d'exécuter leurs engagements contractuels. Les restaurants ne pouvaient plus honorer les réservations. Par suite des règles de confinement, certains produits ou matières premières n'étaient plus disponibles, ou à des coûts exorbitants, rendant impossible ou excessivement onéreuse l'exécution de certains contrats... Dans une large mesure, ces situations, qui résultent des règles de confinement, sont

²³⁷ V. notamment : A. Discours, S. Qu et J. Buhart, « L'impact du covid-19 sur l'exécution des contrats – Etude comparative droit chinois/droit français », JCP, 2020. 329 ; D. Houtcieff, « Régime dérogatoire d'exécution des contrats dans le cadre de la crise sanitaire : exécuter ou ne pas exécuter ? », op. cit., note 8 ; A. Sunkam Kamdem, « L'impact du Covid-19 sur l'exécution des obligations contractuelles », op. cit., note 8 ; M. A. Mouthieu Njandeu, « Covid-19 et exécution du travail », Le NEMRO, Revue Trimestrielle de Droit Economique, Avril/Juin 2020, Dossier spécial : *La Covid-19 et le droit*, p. 134 ; M. Kom Kamsu, « L'impact du covid-19 sur les conditions d'exécution du contrat de travail, Cameroun », Le NEMRO, Revue Trimestrielle de Droit Economique, Avril/Juin 2020, Dossier spécial : *La Covid-19 et le droit*, p. 161 ; S. P. Kouam, « Le Coronavirus (Covid-19) et la révision de la théorie de l'imprévision », op. cit., p. 58.

²³⁸ Consulter le Journal, Le Monde Afrique, Santé, « Coronavirus : Pourquoi l'Afrique résiste mieux que le reste du monde », https://www.lemonde.fr/afrique/article/2020/05/05/coronavirus-pourquoi-l-afrique-resiste-mieux-que-le-reste-du-monde_6038758_3212.html.

prises en compte, par le droit commun des contrats²³⁹. La nature des perturbations causées à l'exécution des contrats varie selon qu'il s'agit des difficultés d'exécution ou l'impossibilité d'exécution.

S'agissant des difficultés d'exécution, la partie qui les rencontre peut solliciter dans le cas d'absence de clauses d'adaptation du contrat aux changements de circonstances le « parapluie » de l'imprévision. Une meilleure articulation des conditions de mise en œuvre de la théorie de l'imprévision consacrée en droit français à l'article 1195 du Code civil avec les événements constitutifs de la crise sanitaire, conduirait à retenir ce mécanisme. Sans entrer dans le détail des conditions de mise en œuvre de l'article 1195 du Code civil sur lesquelles les développements ultérieurs s'y attarderont, il convient de relever que la pandémie elle-même comme les mesures de confinement adoptées, pourraient constituer à l'évidence un « changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat », susceptible de rendre « l'exécution excessivement onéreuse pour une partie », qui n'aura généralement pas accepté d'en assumer le risque. La qualification des circonstances constitutives de la crise sanitaire en événement d'imprévision est possible.

S'agissant de l'impossibilité d'exécution, la force majeure pourrait être invoquée. La plupart des systèmes juridiques, et en particulier le droit français, prévoient qu'une situation imprévisible et irrésistible rendant l'exécution du contrat impossible, *a minima* exonère le débiteur de sa responsabilité, voire constitue une cause de suspension ou de résolution du contrat. D'ailleurs, l'épidémie de Covid-19 et les mesures prises pour en limiter la propagation ont d'ores et déjà été qualifiées de circonstances de force majeure par plusieurs juridictions dans des hypothèses particulières qui concernent le maintien en rétention d'étrangers, l'absence aux audiences de retenus dans des centres de rétention, de maintenus en zone d'attente ou de patients hospitalisés sous contrainte. Ces décisions contiennent des indications sur la manière dont les juridictions pourraient

²³⁹ V. B. Haftel, « Les contrats internationaux à l'heure du covid-19 », op. cit., p. 70.

apprécier, dans le contexte actuel, cette cause de libération et d'exonération d'un débiteur qui n'aurait pas exécuté ses obligations contractuelles²⁴⁰.

12. Ces préalables présentés, il convient d'analyser maintenant les outils légaux et jurisprudentiels du solidarisme contractuel qui, connaissent ces derniers jours, marqués par l'ampleur de la crise sanitaire un formidable regain d'intérêt.

B. Le regain d'intérêt des outils du solidarisme contractuel

13. La crise sanitaire à Covid-19, comme indiqué précédemment remet indéniablement au- devant de l'actualité juridique les idées du solidarisme contractuel. Impulsé et dynamisé par une doctrine attachée à l'éthique et à la justice contractuelle, le solidarisme contractuel a été reçu par le droit positif commun des contrats. Certains instruments dont dispose le droit contractuel contemporain, qu'il soit de source légale **(1)** ou jurisprudentielle **(2)** procèdent du solidarisme contractuel.

1. Le regain d'intérêt des outils légaux du solidarisme contractuel

14. Des outils légaux dont il s'agit ici sont ceux de droit commun des contrats et non ceux qui permettent de gérer l'urgence. Le droit dérogatoire et optionnel comprenant des ordonnances de report des délais dans l'urgence ne se substitue pas au droit existant et a une durée déterminée.

15. Une articulation harmonieuse de ces outils commande de suivre les différentes phases du processus contractuel, bien que conscient de la porosité des frontières et de leur interdépendance.

16. *Primo*, la phase de la formation du contrat contient des règles qu'il ne serait pas exagéré de considérer qu'elles procèdent du solidarisme contractuel. Le

²⁴⁰ V. C. E. Bucher, « Les premières décisions rendues à propos du covid-19 : quels enseignements pour le droit des contrats ? », AJ contrat 2020, p. 235.

solidarisme contractuel, entendu ici comme cette doctrine qui promeut l'introduction d'une vision plus exigeante de la morale dans le contrat en vue de prévenir et de lutter contre les déséquilibres contractuels les plus significatifs et excessifs, les injustices contractuelles les plus inadmissibles²⁴¹. Avant la réforme du droit français des contrats du 10 février 2016, le devoir de bonne foi était considéré comme une simple force d'appoint exploitée par le juge pour tempérer les excès de la liberté contractuelle ou la rigueur de la force obligatoire. Certains auteurs²⁴², avaient même considéré à juste titre que le juge trouvait en la bonne foi, un précieux alibi pour s'interférer dans le périmètre contractuel. L'exigence de bonne foi traduit sans conteste le moyen de faire pénétrer davantage de morale dans le droit positif en général et le droit des contrats en particulier²⁴³. Dans ce cadre, il s'agit d'une exigence d'honnêteté et de loyauté qui interdit à chaque cocontractant de faire preuve d'une attitude malveillante. Elle implique que chaque partie s'abstienne de tout abus, ait un comportement raisonnable et

²⁴¹ V. D. Mazeaud, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », Mélanges Jean Hauser, Dalloz, Lexis Nexis 2012, p. 905. Dans cette étude, l'auteur, accusé par les défenseurs de la conception individualiste du contrat, reprécise sa pensée et clarifie sa conception du solidarisme contractuel. Selon lui, le solidarisme contractuel ne serait pas divisé en deux grands blocs : le solidarisme social et le solidarisme moral. Cette dualité repose sur une confusion entre le prétendu solidarisme moral, qui n'a de solidarisme que le nom et une vision plus exigeante de la morale contractuelle qui constitue une directive dont le droit contractuel positif gagnerait à s'inspirer. A la critique selon laquelle, l'entreprise solidariste instillerait dans le droit des contrats le venin de l'imprévisibilité et de l'insécurité, qu'elle livrerait le contrat pieds et poings liés au juge, investi du pouvoir d'imposer sa vision personnelle de l'équilibre et du contrat, l'auteur répond que le projet solidariste, n'a jamais consisté à favoriser une judiciarisation systématique du contrat, mais à encourager l'intervention du juge pour sanctionner les abus et les excès de pouvoir lesquels sont eux-mêmes, les ferments de déséquilibres contractuels inadmissibles, parce que le contrat est dans la plupart du temps, le produit d'une inégalité économique et d'une liberté unilatérale qui se déploie tant au stade de la formation du contrat qu'à celui de son exécution.

²⁴² V. L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, Thèse, Université de Paris I, 2009, p. 218, n°329. L'auteur cite l'article de D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité », in *l'avenir du droit*, op. cit., p. 626, n°23. Selon le professeur Mazeaud, « nul doute, en effet que, la bonne foi, dans ses différentes acceptions constitue l'alibi dont le juge use et abuse pour finalement réviser le contrat et substituer à la volonté des contractants son sentiment d'équité et de justice ».

²⁴³ D. Cohen, « La bonne foi contractuelle : Eclipse et Renaissance », in *1804-2004 : Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004, p. 518.

modéré, sans agir dans son intérêt exclusif, ni nuire de manière injustifiée à son partenaire. Ces qualités inhérentes à ce standard juridique ont convaincu le législateur du 10 février 2016 à l'ériger en un principe directeur, aux côtés d'autres principes²⁴⁴ comme la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat. Noyé au sein des autres règles contractuelles dans le Code civil de 1804, il est désormais placé en tête de toutes les autres dispositions dans le Code version 2016, à la suite de la liberté et de la sécurité contractuelles. Tant et si bien qu'une doctrine autorisée, a suggéré l'idée d'une nouvelle devise contractuelle « Liberté, sécurité, loyauté »²⁴⁵. Nul doute que la disposition de l'article 1104 du nouveau Code civil français selon laquelle « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi », serait de notre point de vue très sollicitée par des acteurs du contrat en cette période d'incertitude due à la crise sanitaire.

Certes, dans le droit positif actuellement applicable dans l'espace OHADA, il n'existe pas un Acte uniforme consacré au droit commun des contrats²⁴⁶. Cependant, cette absence ne fait pas perdre de vue le fait que certains Actes uniformes déjà entrés en vigueur contiennent de nombreuses dispositions qui organisent les contrats²⁴⁷. C'est le cas du contrat de vente commerciale réglementé dans l'Acte uniforme révisé relatif au droit commercial général

²⁴⁴ P. Dupichot, « Les principes directeurs du droit français des contrats », RDC, Janvier 2013, n°1, p. 387.

²⁴⁵ D. Mazeaud, « Devoirs de bonne foi et de coopération », in *Dictionnaire du Contrat*, LGDJ, Lextenso Editions, 2018, n°114, p. 487.

²⁴⁶ Il existe un avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA rédigé par trois éminents professeurs africains (J. Issa-Sayegh, Paul Gérard Pougoué et Filiga Michel Sawadogo). Finalisé en 2010, il a été officiellement remis au Secrétaire permanent de l'OHADA en novembre 2015 et il fait actuellement l'objet d'une certaine promotion à travers publications et colloques. Il remplace un autre avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats qui avait été rédigé en 2004 par le professeur Marcel Fontaine. L'article 35 de l'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA dispose que « Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi, tant pendant la période précontractuelle qu'au moment de la naissance, de l'exécution et de l'extinction de l'obligation ».

²⁴⁷ V. R. Njeufack Temgwa, « Les contrats partiellement réglementés en droit OHADA », in Actes de colloque annuel africain du Diplôme inter-universitaire Juriste OHADA, *Le droit OHADA, bilan et perspectives*, LPA, Numéro spécial, septembre 2015, n°192, p. 40.

(AUDCG) du 15 décembre 2010. L'exigence de bonne foi est posée de manière générale à l'article 237 de ce texte en ces termes « (...) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elles ne peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée »²⁴⁸. Tel que posé à l'article 237 précité, l'exigence de bonne foi se présente sous les atours séduisants d'un principe directeur, même si ce label ne lui a pas été formellement accordé. Faisant partie des articles qui constituent le chapitre II intitulé : « Dispositions générales », l'article 237 de l'AUDCG révisé place l'obligation de bonne foi au cœur du contrat de vente commerciale. Rien n'interdit dès lors à un juge de l'espace OHADA de se servir de la bonne foi pour sanctionner les injustices contractuelles les plus criantes, autrement dit les déséquilibres contractuels excessifs ou significatifs qui n'ont d'autre justification que l'impossibilité pour un des contractants d'exprimer librement et normalement sa volonté.

17. Longtemps fondée sur le devoir de bonne foi, l'obligation précontractuelle d'information a été introduite dans le Code civil français par l'ordonnance du 10 février 2016 de réforme du droit des obligations. Dorénavant, une partie 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 cocontractant²⁴⁹. C'est une grande avancée du courant solidariste, elle vient en écho à la sanction par la jurisprudence de la réticence dolosive. D'abord, le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter. Dès lors qu'elle a déterminé le consentement du cocontractant, l'erreur provoquée par le dol peut être prise en considération, même si elle ne porte pas sur la substance de la chose qui fait

²⁴⁸ La version initiale de l'AUDCG adoptée en Avril 1997, ne mentionnait pas explicitement l'exigence de bonne foi, v. G. Ngoumtsa Anou, « L'obligation de bonne foi dans le droit OHADA : analyse à partir de la vente commerciale », in *L'obligation*, Mélanges P. G. Pougoué, l'Harmattan - Cameroun, 2015, p. 615, spéc. n°3.

²⁴⁹ V. L'article 1112-1 du Code civil après l'adoption de l'Ordonnance du 10 février 2016.

l'objet du contrat²⁵⁰. Ensuite, la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée par celle-ci²⁵¹, ce qui laisse ainsi entendre qu'on ne peut pas reprocher à un contractant de ne pas s'être correctement informé quand il a été victime d'une réticence dolosive. L'obligation de s'informer paraît céder devant l'obligation d'informer. Le renversement de perspective est considérable. Il ne s'agit pas de demander par exemple à l'acheteur d'être curieux, à un contractant d'être attentif, sage et prudent, mais que le vendeur doit être loyal et veiller aux intérêts de son partenaire. En ces temps de pandémie, la maîtrise exacte de l'information n'est pas toujours aisée pour certains contractants, surtout pour des non professionnels, ils n'hésiteront pas à évoquer devant les juridictions en cas de contentieux les dispositions de l'article 1137 du Code civil en matière de dol, lesquelles ont d'ailleurs pris en compte les apports de la jurisprudence. Il existe incontestablement un fort lien entre la réticence dolosive et l'obligation de contracter de bonne foi à tel point que la réticence dolosive et le devoir de loyauté s'étaient progressivement superposés « pour renvoyer au même type de grief : le silence maintenu est équipollent à la mauvaise foi dans la formation du contrat »²⁵². L'approche solidariste marquée par l'impératif de loyauté et de justice contractuelle n'est pas absolue. Le législateur français tient aussi compte de l'impératif de sécurité juridique puisque le devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation, de même que le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation n'est pas constitutif de dol.

18. Un autre outil et non des moindre susceptible d'être mobilisé par des contractants et le juge est l'article 1143 du Code civil réformé. Inspiré par un arrêt

²⁵⁰ Civ., 3^e, 2 octobre 1974, Bull.civ. III, n°330, p. 251, D. 1974. IR. 252 ; Rec. gén. lois 1975. 569, n°458, obs. Blanc ; GAJC, tome 2, Dalloz, 13^e éd., 2015, n°150, p. 58.

²⁵¹Civ. 3e, 21 févr. 2001, D. 2001. Jur. 2702, note Mazeaud, Somm. 3236, obs. Aynès, et D. 2002. Somm. 927, obs. Caron et Tournafond; AJDI 2002. 70, obs. Cohet-Cordey; RTD civ. 2001. 353, obs. Mestre et Fages; Defrénois 2001. 703, obs. Libchaber ; JCP 2001. I. 330, obs. Constantin, et JCP 2002. II. 10027, obs. Jamin.

²⁵² R. Libchaber, obs. sous Civ., 1^e, 13 mai 2003, Defrénois 2003, p. 1571.

de la Cour de cassation²⁵³, cet article légèrement retouché par la loi de ratification du 20 avril 2018 prévoit qu'« il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, 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 »²⁵⁴. Un des domaines de prédilection du solidarisme contractuel se trouve dans les relations contractuelles de dépendance. Celles-ci sont marquées par une inégalité des parties lors de leur formation et de leur exécution, ainsi que le révèle le pouvoir accordé au contractant dominant de fixer unilatéralement le contenu du contrat. Elles s'inscrivent dans la durée, se caractérisent souvent par une communauté d'intérêts et se cristallisent dans une clause d'exclusivité. La nouvelle rédaction de l'article 1143 est plus restrictive, elle invite le juge à n'appliquer ce texte que dans les cas dans lesquels un des contractants est tenu à l'égard de son cocontractant dans une situation de dépendance. En effet, la lecture du contenu de l'article précité fait apparaître la réunion de trois conditions. Premièrement, une partie doit se trouver en état de dépendance à l'égard d'une autre. La condition posée est plus large que celle de l'article L.420-2, alinéa 2 du Code de commerce français qui paraît limiter la dépendance à celle économique. L'article 1143 du Code civil ne spécifie pas la nature de la dépendance dans laquelle se

²⁵³ Civ.1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, Bull. civ. I, n° 108 ; D. 2002. 1860, notes J.-P. Gridel et J.-P. Chazal, et 2844, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2002. 502, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2003. 86, obs. A. Françon. Dans cet arrêt, le juge avait admis l'annulation du contrat sur le fondement du vice de violence en raison d'une situation de dépendance économique, mais à la condition qu'il y ait, par l'un des contractants une exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de l'autre partie.

²⁵⁴ Pour plus d'éclaircissements sur l'abus de dépendance économique prévu à l'article 1143 du nouveau code civil, v. E. Claudel, « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (Commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de la loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) », RTD Com. 2016, p. 460 ; H. Barbier, « La violence par abus de dépendance », JCP, 11 avril 2016, 421 ; M. Chagny, « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de dépendance et le déséquilibre significatif », AJCA 2016. 115 ; F. Rogue, « Abus de dépendance : la « réforme de la réforme » du droit des contrats a-t-elle accouché d'une souris ? », D. 2018, p. 1559.

trouve le cocontractant. Suivant l'adage *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*²⁵⁵, il est permis de penser que tous les états de dépendance sont visés (économique, financière, juridique, technologique, psychologique, intellectuelle etc). La mise en œuvre de la condition relative à l'état de dépendance posera inéluctablement la question de l'imputabilité. Celui à qui le vice de violence sera opposé pourra-t-il se défendre en arguant du fait que c'est son contractant qui, par son comportement, s'est placé dans une situation de dépendance ? La question revêt un intérêt particulier en présence d'une clause d'exclusivité. Aussi peut-on se demander si l'état de dépendance pourra être imputé à une partie lorsque celui-ci découle de son acceptation d'une clause d'exclusivité. On se souvient de ce que la Cour de cassation avait jugé d'une part qu'un contractant n'était pas en situation de dépendance économique, parce qu'il n'était lié à son partenaire par aucune clause d'exclusivité²⁵⁶ ; d'autre part, elle a conclu à l'existence d'un état de dépendance économique, en remarquant que le contractant s'était vu imposer par son cocontractant une clause de non concurrence²⁵⁷. Deuxièmement, l'auteur de la violence doit avoir retiré un avantage manifestement excessif qui résulte de l'exploitation abusive de la situation de dépendance dans laquelle se trouve son cocontractant à son égard. Il s'agit ici de constater le caractère significativement déséquilibré du contrat. Aujourd'hui, le déséquilibre n'est plus considéré comme la rançon de la liberté. Troisièmement, le consentement de la victime de l'état de dépendance doit avoir été vicié. L'abus doit avoir été déterminant du consentement. Il faut alors démontrer que, sans l'abus, le contractant n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes.

19. Un des terrains sur lesquels les solidaristes avaient intellectuellement investi pour influencer le droit positif est le contrôle judiciaire de l'abus dans la fixation unilatérale du prix et partant l'imposition d'une obligation de motivation à la

²⁵⁵ On ne distingue pas là où la loi ne distingue pas.

²⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 18 février 2015, n°13-28278, Bull. Civ. I, n°44.

²⁵⁷ Cass. com., 26 avril 2017, n°15-23078, un arrêt relatif à la rupture brutale des relations commerciales établies.

charge du maître du prix²⁵⁸. Sur la question, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans ses quatre arrêts du 1^{er} décembre 1995²⁵⁹ avait admis le pouvoir reconnu à un contractant de fixer unilatéralement le prix du contrat. Ce pouvoir a été cependant accompagné par la mise en place d'un contrôle judiciaire de l'abus. Si la reconnaissance d'un tel pouvoir unilatéral au sein du contrat s'imposait en raison de l'inégalité structurelle qui anime certaines figures contractuelles, comme les contrats-cadres ou certains contrats de location de longue durée, il n'est pas pour autant question d'abandonner le sort du contractant dominé au bon vouloir du maître du prix. La protection du débiteur du prix fixé unilatéralement par son cocontractant est assurée par la « réserve d'abus », posée par l'Assemblée plénière²⁶⁰. Ce qui exprime, selon une doctrine autorisée, « l'obligation pour le partenaire dominant de prendre en compte l'intérêt du partenaire dépendant, dans l'exercice des pouvoirs que lui confère la relation de dépendance »²⁶¹. Prise en compte de l'intérêt d'autrui qui ne contraint pas le créancier à fixer un prix parfaitement équilibré, et à nier ainsi ses propres intérêts, mais doit simplement le conduire « à permettre à l'autre partie un fonctionnement normal de son activité, dans la situation de dépendance qui est la sienne ; si elle ne peut prétendre au même profit que le contractant dominant, elle doit pouvoir réaliser un profit autorisant, toutes choses égales par ailleurs, la poursuite de son activité »²⁶².

²⁵⁸ V. D. Mazeaud, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », op. cit., p. 911.

²⁵⁹ Cass. Ass. plén., 1^{er} décembre 1995 (4 arrêts), D. 1996, Jur., p. 13, note L. Aynès ; JCP 1996. II. 22565, note J. Ghestin ; JCP E 1996. II. 776, note L. Leveneur ; JCP N 1996. I. 93, obs. D. Boulanger ; Gaz. Pal. 1995. 2. 626, note P. de Fontbressin ; LPA 27 déc. 1995, n°155, p. 11, note D. Bureau et N. Molfessis ; Defrénois 1996. 747, obs. Ph. Delebecque ; RTD civ. 1996. 153, obs. J. Mestre.

²⁶⁰ T. Revet, « Les apports aux relations de dépendance », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux*, Dalloz 1997, p. 37 et s.

²⁶¹ Ibid., spéc., n°14.

²⁶² T. Revet, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 37 et s. ; adde, B. Fages, « L'abus dans les contrats de distribution », in *L'abus dans le droit des contrats*, Cah. dr. entr., n°6, 1998, p. 11 et s.

Malgré une certaine hostilité de la Cour de cassation²⁶³, l'ordonnance du 10 février 2016 impose l'obligation de motivation dans les contrats cadre et dans ceux de prestation de service. Concernant les contrats cadre, l'article 1164 du Code civil prévoit qu'il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. Ainsi, la partie autorisée à fixer unilatéralement le prix des contrats d'application est tenue de motiver le montant de celui-ci en cas de contestation. Cette motivation sera particulièrement importante lorsque le titulaire du droit formateur opérera une modification à la hausse par rapport au prix antérieur, ou lorsqu'il s'écartera des prix du marché. Cette obligation de motivation est naturellement liée à la prohibition de l'abus dans la fixation unilatérale du prix que sanctionne l'alinéa 2 de l'article 1164. Il est important de souligner que, s'il est interdit au maître du prix de fixer un prix abusif, il n'est pas tenu de fixer un prix juste et parfaitement équilibré.

Concernant les contrats de prestation de service, l'article 1165, contrairement à l'article 1164 n'impose pas que la fixation unilatérale du prix soit prévue dans le contrat initialement conclu. Cela n'exclut toutefois pas, que les parties confirment, ni surtout encadrent dans leur accord initial ce droit formateur que la loi confère au créancier du prix. Comme en matière de contrats cadre, une obligation de motivation pèse, en cas de contestation, sur celui qui a le pouvoir de fixer le prix. Cette obligation n'appelle pas d'autres remarques que celles qui ont déjà été faites à propos de l'article 1164, étant entendu que, comme en matière de contrats cadre, c'est l'abus qui constitue la limite de la prérogative reconnue au créancier du prix. Celui-ci n'est donc pas tenu de fixer un prix juste

²⁶³ Cass. 1^e civ., 30 juin 2004, D. 2005, 1828, note D. Mazeaud ; Contrats, Conc. Consom. 2004, comm. 151, obs. L. Leveneur ; Dr. et patr. nov. 2004, n°3566, obs. P. Chauvel ; RDC 2005, 275, obs. Ph. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2004, 749, obs. P. Y. Gautier ; RTD civ. 2005, 126, obs. J. Mestre et B. Fages.

ou conforme au prix du marché. L'existence d'un droit formateur implique une liberté dans la fixation du prix, que seul l'abus vient borner²⁶⁴.

L'obligation de motivation du prix unilatéralement fixé par le créancier a été aussi prévue dans l'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA. Ainsi, dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, il peut être convenu que le prix des prestations offertes par le créancier sera déterminé par celui-ci lors de chaque fourniture, fût-ce par référence à ses propres tarifs, à charge pour lui, en cas de contestation, d'en justifier le montant à première demande du débiteur faite par écrit avec demande d'avis de réception.

L'obligation de motivation repose sur une exigence minimum de décence qui interdit au contractant dominant de faire preuve d'une coupable indifférence à l'égard d'un partenaire qui a largement contribué tout au long de l'exécution du contrat à la prospérité du réseau.

20. L'obligation de motivation et les sanctions de l'abus dans la fixation du prix sont de précieux outils à la disposition du juge pour faire face à des comportements déloyaux que certains contractants pourraient faire montre en ces temps difficiles de crise sanitaire.

21. Pour finir sur le sujet des outils expressifs du solidarisme contractuel de la phase de formation du contrat, il est important d'évoquer la cause et la caducité. S'agissant de la cause, elle est classiquement entendue comme une condition de validité du contrat dont l'existence est appréciée au jour de sa formation. De plus en plus, elle joue un rôle à la phase d'exécution du contrat. En droit OHADA, il n'existe pas d'Acte uniforme portant sur le droit commun des contrats, le recours aux lois internes des Etats parties s'avère dès lors incontournable dans l'étude du régime juridique applicable au contrat²⁶⁵. La plupart des pays d'expression

²⁶⁴ J. S. Borghetti « Fixation et révision du prix », in *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, RDC 2018, n° Hors serie, p. 25.

²⁶⁵ V. L'auteur de ces lignes, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit OHADA des contrats », *Revue Malienne des Sciences Juridiques, Politiques et Economiques de Bamako*

française, membres de l'OHADA ont conservé le Code civil de 1804. Celui-ci, fait de la cause une condition essentielle pour la validité de l'obligation²⁶⁶. L'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations, pour des raisons liées certainement au nécessaire respect de la tradition juridique de base des pays de l'espace OHADA a conservé la notion de cause²⁶⁷. C'est une condition justifiant l'engagement. Certes la notion de « cause » n'apparaît plus dans le droit français des contrats, l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats l'a supprimée, mais ses fonctions traditionnelles²⁶⁸ et modernes²⁶⁹ paraissent avoir été maintenues²⁷⁰. Sur le fondement des notions de cause subjective et objective connues en théorie générale des contrats, le juge vérifie d'une part, la conformité du contrat à l'ordre public et aux bonnes mœurs ; d'autre part l'existence d'une contrepartie dans la relation contractuelle, c'est-à-dire l'équilibre objectif des prestations. Aussi, doit-on relever avec emphase l'importante rénovation dont la cause a fait l'objet. Rénovée, la cause dite « objective » n'est pas seulement un outil destiné à protéger un contractant contre l'absence réelle de toute contrepartie. Elle est aussi un instrument de contrôle de la proportionnalité des engagements contractuels, de la pérennité, de l'intérêt et de la cohérence interne du contrat²⁷¹. Entendue comme le but

(REMASJUPE), Numéro spécial, Décembre 2019, n°7, p. 15 ; RDAI, 2020, n°2, p. 185 ; Penant, n°910, Janvier-Mars 2020, p. 72.

²⁶⁶ V. Les articles 1108, 1131 et 1133 du Code civil de 1804. L'avant - projet de réforme du Code civil camerounais a maintenu aussi le concept de cause, c'est une condition de validité du contrat (article 1317). Pour une étude globale des innovations suggérées en droit prospectif camerounais des obligations, v. S. P. Kouam, « Les droits français et anglais dans la réforme du droit des obligations au Cameroun (Réflexion à partir du projet de Code civil camerounais), Revue africaine de droit et de science politique, Vol. VII, n°XIV, Janv-Juin 2019, n°14, p. 83.

²⁶⁷ V. L'article 56.

²⁶⁸ V. Les articles 1162 et 1169 de l'Ordonnance du 10 février 2016.

²⁶⁹ V. L'article 1170 de l'Ordonnance du 10 février 2016.

²⁷⁰ V. G. Wicker, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », D. 2015, p. 1557 ; D. Mazeaud, « Présentation de la réforme du droit des contrats », Gaz. Pal., 23 février 2016, n°8.

²⁷¹ D. Mazeaud, « La cause », in *1804-2004 : Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*. Université Panthéon -Assas (Paris II), Dalloz 2004, p. 455 ; « Le nouvel ordre contractuel », op. cit., pp. 302-313, spéc. n°s 13, 24 et 30.

contractuel commun en vue duquel les parties ont conclu le contrat, la cause disparaît, lorsque celui-ci ne peut pas ou plus être atteint lors de la phase de l'exécution du contrat. En conséquence, le juge peut remettre en cause des contrats qui sont objectivement équilibrés, en ce sens qu'ils renferment des engagements réciproques, mais qui sont subjectivement déséquilibrés, parce que la réalisation de l'objectif qui avait présidé à leur conclusion n'est plus possible. Ainsi, un contrat peut bien à la formation avoir un intérêt pour une partie, mais à l'exécution, à cause de la survenance de la Covid-19 et de la prise des mesures administratives restrictives de libertés, perdre cet intérêt. Les juges, dans l'appréhension de la notion de cause et de l'application qui en est souvent faite ont su faire preuve de créativité et de pragmatisme. Sans doute que le contexte socio-économique actuel marqué par la crise sanitaire leur offre une bonne occasion de vérifier, d'apprécier et même d'éprouver encore les potentialités de la cause, appréhendée aujourd'hui, non simplement comme une condition de validité du contrat, mais aussi comme une exigence de sa pérennité. S'agissant de la caducité, elle est désormais définie à l'article 1186 du code civil français comme l'anéantissement du contrat en raison de la disparition en cours d'exécution d'un élément essentiel au contrat lors de sa formation. L'alinéa 1 de l'article précité dispose en effet que « un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ». Bien qu'incertaine, il se dégage un consensus au moins autour de l'idée selon laquelle la caducité frappe un acte initialement valable dans sa formation, mais qui, par la suite, s'est trouvé privé d'un élément conditionnant sa pérennité ou qui n'a pas reçu l'élément de perfection qu'il attendait pour intégrer définitivement l'ordre juridique²⁷². La disparition de l'objet ou de la cause du contrat, éléments de son contenu entraîne sa caducité. La crise sanitaire et les mesures administratives qui ont été prises peuvent être à l'origine d'un contrat dont un de ses éléments essentiels disparaîtrait en cours d'exécution. Le législateur du 10 février 2016, n'a pas défini

²⁷² T. Genicon, « Caducité », in *Dictionnaire du Contrat*, LGDJ, Lextenso Editions, 2018, n°22, p. 100.

ce qu'est un élément essentiel, ce qui ouvre un large champ d'appréciation au juge. En effet, il apparaît logique que l'impossibilité ou la difficulté de l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties, survenue durant son exécution, entraîne sa caducité. Selon une doctrine²⁷³, la notion « d'élément essentiel » non définie par l'ordonnance du 10 février 2016, qui est au cœur de la « caducité » est une hypothèse à mi-chemin entre l'impossibilité d'exécuter de la force majeure et l'exécution excessivement onéreuse de l'imprévision²⁷⁴. Il est dès lors envisageable qu'un contrat offre un intérêt économique différent de celui qui a déterminé l'engagement des parties. La caducité pourrait jouer en cas de disparition de la prestation, du prix, du contractant, de la contrepartie attendue ou l'intérêt ayant poussé un contractant à s'engager²⁷⁵. A la vérité, la caducité est un outil à mi-chemin entre la formation et l'exécution du contrat.

22. *Secundo*, la phase de l'exécution du contrat contient aussi des règles expressives du solidarisme contractuel. Elles ne seront pas toutes convoquées ici, seules deux en raison de leur forte sollicitation retiendront l'attention. Deux

²⁷³ M. Mekki, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », op. cit., p. 174.

²⁷⁴ La force majeure et l'imprévision se distinguent de la caducité en ce que cette dernière renvoie à une donnée partagée par les parties qui, à ce titre est entrée dans le champ contractuel, ce qui justifie donc que sa perturbation autorise à elle seule l'extinction du contrat. On retrouve d'ailleurs cette exigence d'entrée dans le champ contractuel dans le nouveau droit au sujet des contrats interdépendants (code civil, article 1186, alinéa 3), « La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement ». Entrent alors logiquement dans ce cadre les modifications qui ont trait aux caractères même de la prestation, déterminée par les parties. La force majeure ou l'imprévision ont au contraire pour objet de traiter un risque non réparti par les contractants et qui n'est donc pas entré dans le champ contractuel. Ce risque en principe non réparti renvoie à l'onérosité de la prestation ou à l'impossibilité de son exécution, sans pour autant que ses caractéristiques aient changé : lorsqu'un événement vient rendre excessivement coûteuse la fourniture d'un bien, voire impossible, notamment à cause de la perte fortuite du bien, la nature de la prestation exigée n'a pas pour autant changé et correspond toujours à l'accord initial. C'est pour cette raison qu'est exigé, pour la mise en œuvre de ces dispositifs, le caractère imprévisible de l'événement (C. civ., art. 1195 et 1218), attestant que les parties ne pouvaient raisonnablement en envisager le traitement, et donc l'organiser. V. K. Lafaurie, « La caducité du contrat : quelle application dans le temps ? », obs. sous Cass. 1^{er} Civ., 19 septembre 2018, n°17-24.347, P+B, RLDC, n°166, janvier 2019, p. 14.

²⁷⁵ J. B. Seube, J.-Cl. Civ. Code, Art. 1186 et 1187, n°29.

mécanismes permettent d'appréhender des événements imprévisibles qui surviendraient en cours d'exécution du contrat et qui rendraient l'exécution impossible ou excessivement onéreuse : la force majeure et l'imprévision. Ces deux outils juridiques de gestion de l'imprévu procèderaient du solidarisme contractuel puisque les contractants sont appelés à collaborer, à faire montre de patience, d'abnégation, de solidarité et de compréhension face aux obstacles survenus lors de l'exécution du contrat. Les contractants ne peuvent donc pas se confiner égoïstement dans une lecture desséchante de la lettre du contrat ; ils doivent s'inspirer de son esprit en vue de satisfaire les intérêts légitimes de leurs cocontractants. Pour ce qui est de la force majeure, elle est la traduction de l'adage selon lequel « à l'impossible nul n'est tenu », le bon sens, l'équité commandent alors de libérer le contractant qui est dans l'impossibilité d'exécuter son obligation. L'esprit des dispositions qui organisent la force majeure se rapporte davantage à l'idée d'équilibre dans le contrat, de commutation. L'impossibilité pour un contractant d'exécuter son obligation libère légitimement l'autre de sa propre obligation. Pour ce qui est de la théorie de l'imprévision, elle repose sur l'idée de justice contractuelle, de la nécessité de collaboration entre les contractants, de la recherche de l'équilibre contractuel. En matière contractuelle, le juste et le juridique se doivent de converger.

Depuis la règle *Rec sic stantibus*, inventée par les canonistes, la force obligatoire du contrat est remise en cause lorsque les circonstances initiales à sa formation ne sont pas demeurées identiques à l'exécution.

23. La force majeure a sommairement pu être définie comme « l'événement qui rend impossible la réalisation de la prestation promise »²⁷⁶ ou encore comme un événement qui « empêche le débiteur de donner ou de faire ce à quoi il était obligé ». Le Code civil de 1804 encore applicable dans plusieurs pays de l'espace OHADA, prévoit que l'inexécution n'est pas imputable au débiteur lorsqu'elle trouve sa source dans une cause étrangère traditionnellement qualifiée de « cas

²⁷⁶ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, obs. sous Ass. Plén. 14 avril 2006 (2 arrêts), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13^e éd., Dalloz, 2015, p. 270.

fortuit » ou de « force majeure »²⁷⁷. Cette dernière est évoquée aux articles 1147 et 1148 du texte précité qui, exonèrent le débiteur de sa responsabilité lorsque l'inexécution provient d'une cause étrangère. Ces dispositions souffraient d'une double lacune, laquelle semble avoir été réparée par l'ordonnance du 10 février 2016²⁷⁸. Le nouvel article 1218 dispose en effet que « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 ». Ces dispositions se rapprochent *mutatis mutandis* de celles de l'article 197 de l'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA. Selon l'article 197 « Est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que celle-ci est due à un empêchement qui échappe à son contrôle, qu'il ne pouvait raisonnablement prévoir au jour de la conclusion du contrat et qu'il ne pouvait prévenir ou surmonter lors de l'exécution. Lorsque l'empêchement n'est que

²⁷⁷ On a été tenté de déduire de l'article 1148 une distinction entre le cas fortuit et la force majeure : Le cas fortuit serait un événement *interne* se rattachant à l'activité du débiteur ou de son entreprise (incendie, avarie de matériel, déraillement etc), tandis que la force majeure serait un événement *extérieur* (inondation, foudre, ouragan), ce qui correspondrait à une différence prise en considération par certains textes, y compris dans le Code civil (ex : art. 1772). Mais le plus souvent, les deux expressions sont indifféremment employées et de façon générale, la jurisprudence n'admet pas la distinction du cas fortuit et de la force majeure (v. J. Radouant, *Du cas fortuit et de la force majeure*, thèse Paris, 1919 ; L. Josserand, « Force majeure et cas fortuit », DH 1934. Chron. 25 ; A. Tunc, « Force majeure et absence de faute en matière contractuelle », RTD civ. 1935. 19 ; P. H. Antonmattéi, *Contribution à l'étude de la force majeure*, thèse Montpellier, éd. 1992, cités par F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 809, n°747, note n°1.

²⁷⁸ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 810, spéc. 747.

temporaire, l'exonération produit effet pendant un délai raisonnable en tenant compte des conséquences de l'empêchement sur l'exécution du contrat ».

La lecture de ces dispositions laisse apparaître la précision de la notion de force majeure et de ses effets. La notion de force majeure est déterminée par une trilogie de critères qui préside à sa caractérisation, à savoir, l'extériorité, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité²⁷⁹. Appréhender la Covid-19 sous le prisme de la force majeure revient à articuler et à confronter ces critères avec la pandémie en elle-même et les mesures autoritaires restrictives de libertés prises par les pouvoirs publics pour voir si la qualification de force majeure peut être admise. A ce stade des développements, seules les possibilités d'admission de la Covid-19 comme un événement de force majeure seront présentés. D'ailleurs, le président du tribunal de commerce de Paris avait considéré dans une ordonnance en date du 20 mai 2020 que « La diffusion du virus revêt, à l'évidence, un caractère extérieur aux parties, qu'elle est irrésistible et qu'elle était imprévisible comme en témoignent la soudaineté et l'ampleur de son apparition »²⁸⁰.

S'agissant de l'extériorité ou plus précisément de la première condition, un « événement échappant au contrôle du débiteur », elle suppose que l'événement est étranger au débiteur, c'est-à-dire indépendant de sa volonté²⁸¹. L'événement peut être un fait de la nature (ouragan, inondation, foudre) ou un fait de l'homme,

²⁷⁹ Cette trilogie avait été dégagée par la jurisprudence : Cass., ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168, Bull. ass. plén., n° 5 ; D. 2006. 1577, obs. I. Gallmeister, note P. Jourdain ; ibid. 1566, chron. D. Noguéro ; ibid. 1929, obs. P. Brun et P. Jourdain ; ibid. 2638, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2006. 775, obs. P. Jourdain ; RTD com. 2006. 904, obs. B. Bouloc. Civ. 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.134, *Figeac Aéro (Sté) c/ Electricité de France (Sté)*, Bull. civ. I, n° 243 ; D. 2008. 2935, obs. I. Gallmeister ; ibid. 2010. 49, obs. P. Brun et O. Gout ; RTD civ. 2009. 126, obs. P. Jourdain. Civ. 3^e, 17 févr. 2010, n° 08-20.943, *Picovshi c/ Gudule (Sté)*, D. 2010. 653 ; ibid. 2011. 472, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; AJDI 2010. 546, obs. Y. Rouquet.

²⁸⁰ T. com. Paris, réf., 20 mai 2020, n° 2020016407, JurisData n° 2020-015298 ; BRDA 14/20, 21, obs. L. et J. Vogel ; AJ Contrats 2020, 335, obs. C.-E. Bucher ; JCP E 2020, 1350, note M. Lamoureux. – T. com. Paris, réf., 26 mai 2020, n° 2020016517. – T. com. Paris, 27 mai 2020, n° 202017535.

²⁸¹ A. Sunkam Kamdem, « L'impact du Covid-19 sur l'exécution des obligations contractuelles », op. cit., p. 54.

ou même du créancier contractuel. Vu sous cet angle, la Covid-19 remplit la première condition, qu'on le considère comme un phénomène naturel ou une fabrication de laboratoire venue de Chine²⁸². En principe, la maladie peut être qualifiée de cas de force majeure pour le débiteur d'une obligation. Il s'agit bien d'un événement qui ne dépend pas de la volonté du débiteur. Plusieurs arrêts l'ont reconnu par le passé²⁸³. L'apparition et la propagation de la covid-19, considérée par l'OMS comme une urgence de santé publique de portée internationale, puis une pandémie remplirait cette condition. Dès lors que l'inexécution est directement liée à l'épidémie de Covid-19, la condition devrait être considérée comme remplie²⁸⁴. De même, les mesures autoritaires restrictives de libertés prises par les pouvoirs publics qui causeraient l'inexécution du contrat pourraient être considérées comme des « événements échappant au contrôle du débiteur ».

S'agissant de l'imprévisibilité ou plus précisément de la deuxième condition, un « événement qui n'a pu être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat », elle renvoie à la conception du contrat perçu comme un acte permettant d'appréhender les relations futures des contractants, de prévoir et d'anticiper les événements susceptibles d'en affecter l'exécution. D'ailleurs, l'on a toujours vu dans le contrat un « acte de prévision » et une « emprise sur l'avenir ». Ce critère s'apprécie *in abstracto* au moyen du standard du « raisonnable » ou du « bon père de famille » et au moment de la conclusion du contrat. L'événement ne doit donc pas être un fait « normalement prévisible », ce qui signifie qu'il ne doit raisonnablement pas pouvoir être prévu en considérant le cours normal des choses. Avec la pandémie due à la Covid-19, l'appréciation

²⁸² Q. Fassassi, « Réflexions sur la qualification juridique de la COVID-19 en droit des contrats », Bulletin de pratique professionnelle ERSUMA, n°31, mars 2020, p. 4.

²⁸³ V. par ex., Cass., ass. plén., 14 avr. 2006, n°02-11.168, Bull. ass. plén., n°5 ; D. 2006. 1577, obs. I. Gallmeister, note P. Jourdain ; RTD civ. 2006. 775, obs. P. Jourdain ; RTD com. 2006. 904, obs. B. Bouloc. Adde, M. Mekki, « La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur », RLDC 2006, n°29, p. 1.

²⁸⁴ En ce sens, J. Heinich, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », D. 2020, p. 611.

doit davantage se faire *in concreto* par référence à une personne raisonnable ou un professionnel raisonnable²⁸⁵. Si l'on considère la fulgurance de la survenue de la Covid-19, sa nouveauté, l'intensité élevée de sa virulence et la rapidité de sa propagation dans le monde, cette épidémie a un caractère imprévisible. L'analyse de ce critère dépendra aussi largement du moment de la conclusion du contrat ou des dates de renouvellement ou de tacite reconduction de celui-ci qui font naître un nouveau contrat. Ainsi, le critère basé sur l'imprévisibilité sera considéré comme rempli si le contrat a été conclu avant l'apparition de l'épidémie, avant l'information du public quant à l'ampleur qu'elle pouvait prendre, ou à tout le moins, avant la fabrication d'un vaccin.

S'agissant de l'irrésistibilité ou plus précisément de la troisième condition, un « événement empêchant l'exécution d'une obligation et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées », elle est une belle illustration de l'adage selon lequel « à l'impossible nul n'est tenu ». Il s'agit ici de vérifier que, comme tout débiteur placé dans la même situation, le débiteur de l'obligation inexécutée n'y pouvait rien. L'événement jugé « irrésistible » l'est tant dans sa survenance (inévitabile) que dans ses effets (insurmontable). En fonction des circonstances, l'apparition de la Covid-19 pourrait empêcher l'exécution d'une obligation contractuelle. Il en est, ainsi, du malade de Covid-19 alité et sous assistance respiratoire qui ne peut exécuter son obligation contractuelle. La Covid-19 s'est en effet révélée avoir des conséquences potentiellement létales et a entraîné une série de mesures restrictives sans précédent, limitant les déplacements, imposant le confinement et la fermeture des espaces publics, ainsi que de frontières²⁸⁶. S'il peut apparaître difficile de démontrer que la pandémie elle-même est un cas de force majeure, il est cependant plus facile de

²⁸⁵ En ce sens, M. Mekki, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », *op. cit.*, p. 171.

²⁸⁶ R. Ziadé et C. Cavicchioli, « L'impact du Covid-19 sur les contrats commerciaux », Dossier spécial : *Covid-19 et Contrat*, *AJ Contrat*, Avril 2020, 179.

se fonder sur le fait du prince²⁸⁷. En droit privé, le fait du prince est défini comme « une décision de l'autorité publique qui a pour conséquence de porter atteinte à l'équilibre financier de situations contractuelles et qui, en matière civile, peut constituer un cas de force majeure »²⁸⁸. Il désigne ainsi un acte des pouvoirs publics constituant un obstacle absolu et insurmontable à l'exécution d'obligations conventionnelles ou légales. C'est ainsi par exemple que le vendeur ne peut être responsable d'une confiscation ou d'un changement de législation qui l'empêche de livrer la chose vendue. De même que le bailleur ne peut être responsable d'une réquisition qui prive le locataire de la jouissance des lieux, ni le dépositaire de la mise sous séquestre, par l'autorité publique, de la chose déposée²⁸⁹.

Lorsque les conditions de la force majeure sont établies, elle produit des effets sur le contrat lesquels sont, pour l'essentiel prévus par l'alinéa 2 de l'article 1218 du Code civil français. Premièrement, si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties – et pas seulement le débiteur – sont libérées de leurs obligations. Si l'empêchement est temporaire – ce qui est semble-t-il le cas dans le cadre de la crise sanitaire provoquée par le coronavirus –, l'exécution de l'obligation est seulement suspendue. L'obligation devra être exécutée dès que l'impossibilité aura cessé. L'effet suspensif sera néanmoins écarté lorsque le retard justifiera la résolution du contrat²⁹⁰.

²⁸⁷ En ce sens, M. Behar-Touchais, « L'impact d'une crise sanitaire sur les contrats en droit commercial. A l'occasion de la pandémie de covid-19 », op. cit., n°9.

²⁸⁸ G. Cornu, Assoc. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, Puf, Quadrige, 8e éd., 2007, V° Fait du prince, a et b.

²⁸⁹ On peut aussi ajouter le non-renouvellement par l'Administration de l'agrément donné à un salarié nécessaire pour travailler dans un établissement de jeux (Cass. soc., 7 mai 2002, n°00.42.370, Juris Data n°2002-014200 ; Bull. civ., V, n°143 ; D. 1994, p. 306, note I. Vacarie, note 15) ; la saisie par les autorités publiques de marchandises empêche le transporteur de les livrer (Cass. com., 5 octobre 1953, Bull. civ., III, n°280) ou encore quand l'Administration qui avait délivré un permis de construire le retire au motif de précautions sanitaires (Cass. 3^e civ., 1^{er} juin 2011, n°09-70.502, Juris Data n°2011-010206).

²⁹⁰ V. L'alinéa 2 de l'article 1218 du Code civil qui précise en effet que l'obligation est suspendue « à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat ». L'hypothèse à laquelle fait référence l'article est celle dans laquelle l'obligation doit impérativement être

Les conditions de la force majeure ne sont pas faciles à remplir, puisque les juges les ont toujours admises avec parcimonie. La crise sanitaire provoquée par la Covid-19 répondrait mieux à l'hypothèse d'une exécution devenue excessivement onéreuse.

24. La théorie de l'imprévision qui donne la possibilité aux parties et aux juges de modifier le contenu d'un contrat lorsqu'un changement de circonstances imprévisible lors de sa conclusion rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, est de plus en plus admise par les législations des pays dans le monde. Sa consécration ou non par un Etat est devenue un élément d'attractivité économique. Sur le terrain du marché du droit, un Etat qui offre une législation favorable à la théorie de l'imprévision et partant à l'admission d'une approche plus flexible du lien contractuel semble plus propice aux investissements. En droit français, la théorie de l'imprévision est consacrée, depuis l'ordonnance du 10 février 2016 à l'article 1195 du Code civil en ces termes « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations pendant 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 au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». Attaché à sa philosophie de promotion de la sécurité juridique, judiciaire et d'attractivité économique, le législateur OHADA n'a pas voulu que son droit soit isolé dans le monde. La plupart des systèmes juridiques

exécutée à l'échéance prévue. On peut donner pour exemple un contrat portant sur la fourniture de chocolat pour les fêtes de Pâques ou conclu pour un événement particulier. Une exécution au terme de la suspension ne présenterait aucune utilité pour le débiteur (v. C. E. Bucher, « Contrats : la force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de covid-19 ? », Contrats Concurrence Consommation, n°4, Avril 2020, étude 5.

ayant admis la théorie de l'imprévision, le droit OHADA, de *lege ferenda* pose respectivement aux articles 160, 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations ce qui suit : « Les parties sont tenues de remplir leurs obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse sous réserve des dispositions suivantes relatives au bouleversement des circonstances » (article 160). « Il y a bouleversement des circonstances lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué et que :

- ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ;
- la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ;
- ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ;
- et le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée » (article 161). « En cas de bouleversement des circonstances, la partie lésée peut demander l'ouverture de négociations. 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 :

- mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ;
- ou adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations » (article 162).

De ces dispositions, l'on peut dégager en règle générale trois conditions indispensables à la qualification de l'imprévision.

Premièrement, il faut démontrer l'existence d'un changement (droit positif français) ou d'un bouleversement (droit prospectif OHADA) de circonstances imprévisibles au moment de la conclusion du contrat. Cette condition est

susceptible de s'appliquer à une pluralité d'hypothèses, tenant par exemple à un changement de circonstances de nature économique, social, juridique ou politique. Tout type d'événement susceptible de modifier l'environnement dans lequel se déploie le contrat devrait être pris en compte. Ainsi une crise entraînant une chute dans le prix de certaines matières premières, une innovation rendant une technologie obsolète ou une modification législative devraient pouvoir constituer un changement de circonstances. De la même manière, la survenance, l'évolution progressive, la propagation de la Covid-19, tout comme les mesures législatives ou gouvernementales prises par les différents Etats, sont en principe susceptibles de remplir cette condition. Cet événement doit être extérieur aux parties et le changement de circonstances doit être imprévisible au moment de la conclusion du contrat. A ce sujet, il faut clairement déterminer la date de conclusion du contrat ou de son renouvellement et bien vérifier au cas par cas l'état de la crise sanitaire²⁹¹. Ce qui a été dit à propos de la force majeure a vocation à s'appliquer à l'imprévision.

Deuxièmement, le changement de circonstances doit rendre, selon l'article 1195 précité, l'exécution « excessivement onéreuse ». Une telle condition est moins exigeante que celle relative à la force majeure, pour laquelle il est nécessaire de démontrer que l'exécution de l'obligation en question était devenue impossible. Une lecture plus large de la formule, à notre sens, devrait être retenue. Celle-ci suggère de prendre en considération l'hypothèse de l'augmentation du coût de l'exécution et celle de la diminution de la contre prestation. L'article 161 de l'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations, tout en s'inscrivant dans cette perspective, met l'accent sur la notion « d'équilibre des prestations »²⁹². Ainsi, le bouleversement de circonstances ne mérite d'être pris

²⁹¹ M. Mekki, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », op. cit., p. 173.

²⁹² V. L'auteur de ces lignes, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit OHADA des contrats », Revue Malienne des Sciences Juridiques, Politiques et Economiques de Bamako (REMASJUPE), op. cit., p. 72 ; RDAI, op. cit., p. 204 ; Penant, op. cit., p. 110.

en considération qu'en raison de graves conséquences qu'il produit sur l'équilibre initial du contrat, c'est-à-dire l'économie voulue par les parties. Les événements considérés doivent avoir entraîné une grave et significative perturbation de l'équilibre initial du contrat au point qu'une partie en perde son intérêt. La notion d'équilibre est dès lors au centre de la théorie de l'imprévision. Il s'agit ici de contrôler l'équilibre contractuel non pas au stade de la conclusion du contrat, mais en cours de son exécution. Le déséquilibre contractuel appréhendé provient d'une modification des données externes au contrat, tels que : une augmentation drastique du coût des matières premières, une évolution des cours, des taux d'intérêt ou du coût de la main d'œuvre, l'allongement des délais d'exécution du contrat, la survenance de nouveaux obstacles commerciaux, politiques ou juridiques etc., dont les risques n'ont pas été assumés conventionnellement par l'une des parties.

La condition relative à « l'exécution excessivement onéreuse » devrait être appréciée *in concreto* et dépendre des circonstances liées à la crise sanitaire. On peut par ailleurs se poser la question de savoir si cette condition doit donner lieu à une approche objective ou subjective. L'objectivité exige d'affirmer que le déséquilibre doit être examiné à la seule dimension du contrat, envisagé comme une opération économique pour elle-même, sans égard à la condition des parties. La subjectivité exige de prendre en compte également les facultés de la partie concernée, ses capacités financières et pas seulement l'économie voulue par les parties. La première approche paraît la plus conforme à l'esprit du législateur.

Troisièmement, le risque ne doit pas avoir été assumé par la partie lésée. Cette condition neutralise les dispositifs prévus respectivement aux articles 1195 du Code civil français, 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme. Les mécanismes prévus pour remédier à des situations d'imprévision ne peuvent produire leurs effets lorsque la partie lésée a accepté d'assumer le risque d'imprévision. L'acceptation par la partie lésée d'un risque de changement ou de bouleversement de circonstances agit comme une condition négative au jeu de l'imprévision. C'est une sorte de renonciation anticipée pour la partie lésée à

invoquer l'imprévision. Cette possibilité pour les parties d'exclure le dispositif légal en faisant supporter à un contractant le risque d'imprévision est une manifestation du maintien de la liberté contractuelle, érigée en un principe directeur dans le nouveau droit des contrats. Cependant, les clauses par lesquelles, les parties acceptaient le risque d'imprévision peuvent être privées de leur efficacité sur le fondement des dispositions des articles 1170 et 1171 du Code civil français révisé.

25. S'il s'avère que la mobilisation et la mise en œuvre des outils légaux du solidarisme contractuel paraissent difficiles, ceux jurisprudentiels pourraient être sollicités. L'objectif général, étant de ne pas profiter de cette période de crise pour abuser des personnes en situation difficile.

2. Le regain d'intérêt des outils jurisprudentiels du solidarisme contractuel

26. Si les outils légaux tels que notamment la force majeure, l'imprévision en raison des possibles difficultés que pourrait rencontrer un contractant à satisfaire aux conditions posées, sont trop stricts ; le juge pourrait faire recours aux instruments classiques fondés sur le devoir de collaboration. Le droit des contrats a très sensiblement évolué en marge du Code civil par la grâce de l'œuvre considérable accomplie depuis des décennies par la Cour de cassation qui a forgé de très importantes règles qui régissent le droit positif des obligations. La jurisprudence apparaît incontestablement comme une source considérable du droit des obligations.

La philosophie actuelle du contrat traduit une modification en profondeur de sa représentation classique. L'examen du contrat sous l'angle des contractants, permet d'observer que le lien contractuel « tend peu à peu à substituer au conflit

d'intérêts, l'union des intérêts »²⁹³. Pour différentes raisons²⁹⁴, « le contrat est de moins en moins perçu comme un choc de volontés librement exprimées ». Qui plus est, les obligations voulues et susceptibles d'être prises en compte ne sont plus uniquement celles découlant de la partie qui s'oblige. Dans ces conditions, le contrat actuel apparaît comme « un point d'équilibre nécessaire, voire même la base d'une collaboration souhaitable entre les contractants »²⁹⁵.

27. La présente crise sanitaire pourrait être une occasion de revigorer deux outils jurisprudentiels à savoir : l'obligation de renégocier de bonne foi et celle de minimiser le dommage.

28. L'obligation de renégocier trouve son fondement dans la féconde bonne foi contractuelle. Dans des pays qui se sont inspirés du Code civil français de 1804, lequel n'avait pas érigé la bonne foi en un principe directeur, l'alinéa 3 de l'article 1134 pouvait être sollicité. La bonne foi dont il s'agit s'inscrit dans le prolongement de la force obligatoire pour donner pleine efficacité au contrat. Plutôt que de rester sur un constat de blocage et résilier la convention, la bonne foi commande aux parties de négocier afin d'adapter leur contrat à la conjoncture nouvelle. Partant, la bonne foi se place au service du but contractuel : « *la bonne foi est pratiquée dans une vue utilitariste* »²⁹⁶. La renégociation de la convention étant toute entière tournée vers la sauvegarde du but contractuel, elle trouve un fondement naturel dans la bonne foi. Doctrine et jurisprudence s'accordent donc pour y voir l'assise du devoir de renégocier le contrat²⁹⁷. Ainsi, l'obligation de renégocier de bonne foi qui ne serait pas respectée pourrait être sanctionnée par

²⁹³ C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD Civ., avril-juin 1997, n°3, p. 359.

²⁹⁴ A l'égard des obligations qui s'imposent aux parties, les effets obligatoires du contrat n'incluent plus seulement les obligations voulues par elles, mais aussi celles greffées à l'acte par la loi ou le juge ; il s'agit à cet effet des obligations de sécurité, d'information et autres obligations de conseil, de coopération, de loyauté, jadis ignorées.

²⁹⁵ J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », op. cit., p. 45.

²⁹⁶ P. Le Tourneau, *Rep. civ.*, Dalloz, V° « Bonne foi », 2009, spéc. 10.

²⁹⁷ En ce sens, v. L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, op. cit., p. 458, n°798.

l'attribution de dommages-intérêts²⁹⁸. Cette obligation de renégociation imposée à une partie lorsque le prix exigé du cocontractant risquerait à terme d'entraîner sa ruine a pu être retenue dans quelques arrêts de la Cour de cassation française. On pense particulièrement à l'arrêt *Huard* de la chambre commerciale du 3 novembre 1992 : « Qu'en l'état de ces constatations et appréciations, d'où il résultait l'absence de tout cas de force majeure, la cour d'appel a pu décider qu'en privant M. Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi »²⁹⁹. Aussi, observe-t-on que la chambre commerciale de la Cour de cassation française induit du devoir d'exécuter le contrat de bonne foi, une obligation de le renégocier lorsque survient un profond déséquilibre au cours de son exécution, en raison d'un changement imprévisible de circonstances. Six ans plus tard, le 24 novembre 1998, la même chambre commerciale semble avoir réitéré cette solution³⁰⁰. Une fois de plus le devoir de loyauté fut mobilisé pour engager la responsabilité de contractants qui avaient refusé de renégocier un contrat dont l'exécution était devenue excessivement désavantageuse pour leur partenaire³⁰¹. Bien que la portée de ces décisions ait suscité quelques réserves³⁰², une grande partie de la doctrine française a vu en celles-ci de signes précurseurs à l'admission de la

²⁹⁸ M. Mekki, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », op. cit., p. 174.

²⁹⁹ Cass. com., 3 novembre 1992, n°90-18547, Bull. civ. IV, n°338 ; D. 1995. 85, obs. D. Ferrier ; JCP G 1993, II, 22164, obs. G. Virassamy ; RTD civ. 1993, p. 124 et s., note J. Mestre ; Defrénois 1993, p. 1377, note J.-L. Aubert.

³⁰⁰ Arrêt Chevassus-Marche du 24 novembre 1998, Cass. com., 24 nov. 1998, n°96-18357, Contrats, conc., consom. 1999, n° 56, note M. Malaurie-Vignal ; Defrénois 1999, p. 371, note D. Mazeaud ; JCP G 1999, I, 143, obs. C. Jamin ; RTD civ. 1999, p. 98, note J. Mestre, et p. 646, note P.-Y. Gautier ; V. égal., Com. 15 mars 2017, n°15-16. 406, D. 2018. 371, obs. M. Mekki ; Ibid. 865, obs. D. Ferrier ; Gaz. Pal. 2017, n°32, p. 31, note D. Houtcieff.

³⁰¹ En ce sens, D. Mazeaud, « La révision du contrat », LPA, Juin 2005, n°129, p. 4, n°26.

³⁰² J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ 2001, p. 377, n° 312; N. Molfessis, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », in *le contrat : questions d'actualité*, LPA du 5 mai 2000, p. 41 ; P. Stoffel-Munck, « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux semblant ? », D. 2002, p. 1974, n°3 ; C. Jamin, « Révision et intangibilité ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », op.cit., p. 46.

théorie de l'imprévision³⁰³. Ces arrêts ont porté quelques fissures à la jurisprudence de « *Canal de Craponne* ». Rien n'interdit dès lors *a priori* au juge de mobiliser en ces temps difficiles de crise sanitaire « l'obligation de renégocier de bonne foi » pour sauver un contrat menacé de disparition. Cette obligation est d'autant plus d'actualité qu'elle pourrait agir en dehors du champ légal de la théorie de l'imprévision.

29. L'obligation de minimiser le dommage³⁰⁴ qui trouve sa source dans le droit anglais des contrats sous l'expression « the duty to mitigate damages »³⁰⁵ est une restriction au principe de la réparation intégrale du préjudice, l'une des règles majeures du droit de la responsabilité civile. Elle exige l'appréciation et la prise en compte du comportement du créancier insatisfait ou de la victime, postérieurement à la production du dommage. Il s'agit, dans cette perspective, de considérer l'attitude que la victime a adoptée après la survenance du fait dommageable initial. Telle qu'elle est énoncée par diverses sources

³⁰³ En ce sens, D. Mazeaud, « La révision du contrat », *op. cit.*, n°27 ; Même auteur, « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », LPA du 7 mai 2004, p. 47, spéc. n°18 ; J. Mestre, « Une bonne foi franchement conquérante...au service d'un certain pouvoir judiciaire du contrat ! », RTD Civ. 1993, p. 124 ; Même auteur, « Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel », RTD Civ. 1999, p. 98.

³⁰⁴ Pour une étude complète sur cette obligation, v. A. Akam Akam, « L'obligation de minimiser le dommage », in *L'obligation*, Etudes offertes au Professeur P. G. Pougoué, Harmattan Cameroun, Yaoundé, 2015, pp. 65-85 ; D. Genty-Tandonnet, « L'obligation de modérer le dommage dans la responsabilité extracontractuelle », *Gaz. Pal.*, 2004, 1, doctr., p. 1485 ; R. Dalcq, « L'obligation de minimiser le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle », RDAI, 1987, n°6, p. 365 ; B. Hanotiau, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », RDAI, 1987, n°14, p. 396 ; S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, 2002, préf. H. Muir-Watt.

³⁰⁵ V. E. Elland-Goldmith, « La « mitigation of damages » en droit anglais », RDAI, 1987, p. 347.

jurisprudentielles³⁰⁶ ou textuelles³⁰⁷, l'obligation de minimiser le dommage apparaît comme une norme de conduite qui est imposée au créancier dans l'intérêt du débiteur. Elle se décompose en trois règles principales.

La première règle édicte un comportement : le créancier, en cas d'inexécution du contrat, doit prendre les mesures raisonnables pour limiter le dommage qui en résulte pour lui. Il s'agit dès lors pour le créancier insatisfait de ne pas se contenter de subir le dommage ou de rester passif devant la défaillance du débiteur. Il doit faire diligence pour limiter la perte subie et le gain manqué en prenant toutes les mesures raisonnables que la situation ou les circonstances commandent.

La deuxième règle énonce une sanction : le créancier qui n'a pas pris les mesures raisonnables pour limiter le dommage n'a pas droit à la réparation de la part du préjudice qu'il aurait pu éviter en déployant une diligence normale. Ainsi le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables.

La troisième règle prévoit une compensation : le créancier a droit au remboursement des dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice résultant de l'inexécution. Autrement dit, la victime de l'inexécution peut recouvrer les frais et les pertes encourues du fait de sa tentative de diminuer son préjudice, pourvu qu'elle ait agi raisonnablement.

³⁰⁶ En droit anglais, v. l'Affaire *Dunkirk Colliery Co c/ Lever* (1872) ; V. Haldane dans un arrêt rendu en 1912, Affaires citées par A. Akam Akam, « L'obligation de minimiser le dommage », op. cit., p. 68. En droit français, la Cour de cassation n'admet pas l'obligation de minimiser le dommage lorsqu'il s'agit d'une atteinte à l'intégrité physique (v. Cass. civ., 2^e, 19 juin 2003, JCP 2003, IV, p. 2428 ; Cass. civ., 2^e, 22 janv. 2009, D. 2009, p. 1114 ; Civ. 1^e, 15 jan. 2015, n°13-21.180, Bull. civ. I, n°13 ; D. 2015. 1075, note T. Gisclard). Mais, elle a parfois laissé entendre qu'une telle obligation pouvait être admise pour un préjudice matériel (Civ. 2^e, 24 nov. 2011, n°10-25.635, D. 2012. 141, note H. Adidacanac).

³⁰⁷ V. Le Code civil québécois (art. 1479), le Code civil italien (art. 1227), BGB (art. 254), PDEC (art. 9. 5050), des Principes Unidroit (art. 7. 4.8), la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (art. 77), Acte uniforme relatif au droit commercial général du 17 avril 1997 (art. 266), Acte uniforme révisé relatif au droit commercial général du 15 décembre 2010 (art. 293)

Tout en reconnaissant l'intérêt des considérations d'ordre économique, moral ou juridique mobilisées par certains auteurs³⁰⁸ pour fonder l'obligation de minimiser le dommage, il est plus pertinent et indiqué à notre sens de la justifier par l'exigence de bonne foi. Elle postule un devoir de collaboration ou de coopération entre le créancier et le débiteur, c'est-à-dire un comportement altruiste et solidariste minimum qui leur permet de dépasser leurs intérêts antagonistes. En vertu de l'exigence de la bonne foi, le créancier pourrait être tenu de minimiser le dommage qui résulte pour lui de l'inexécution du contrat par le débiteur. A une époque où la problématique de l'introduction de l'obligation de minimiser le dommage suscitait de vifs débats, Demogue reconnaissait déjà l'existence d'une obligation de minimiser le dommage en matière contractuelle, justifiée par le devoir de solidarité, de collaboration entre les parties³⁰⁹.

De ce qui précède, une forte invitation et un appel pressant sont faits au juge pour mobiliser cet outil en vue de sanctionner des comportements injustes, déloyaux et égoïstes de la part des contractants. Si le créancier mérite réparation, il est aussi de son devoir de minimiser les conséquences et de prendre les mesures raisonnables qui éviteront une aggravation de son préjudice.

30. La première articulation de la réflexion ici conduite a permis de mettre en exergue le propos selon lequel la survenance de la covid-19 et les mesures restrictives de libertés prises par les pouvoirs publics remettent au-devant de

³⁰⁸ V. A. Akam Akam, « L'obligation de minimiser le dommage », op. cit., pp. 72-75

³⁰⁹ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. IV, Arthur Rousseau, 1924, n°463 bis, cité par A. Akam Akam, « L'obligation de minimiser le dommage », op. cit., p. 81. L'éminent auteur, affirma ce qui suit « Lorsque la faute se produit et doit, si la victime ne fait aucun acte spécial, causer un dommage d'une certaine étendue, la victime est-elle en faute si elle ne prend pas d'elle-même les mesures nécessaires pour diminuer le dommage ? L'affirmative ne fait pour nous aucun doute. Celui dont la maison a pris feu par la faute d'un tiers doit travailler à éteindre l'incendie. Le blessé est en faute s'il ne se soigne pas et ne se soumet pas aux opérations nécessaires, sauf si elles sont graves et hasardeuses (...). L'utilité sociale crée donc un devoir d'arrêter le dommage si on le peut (...). Ainsi à un droit rigide se substitue un droit solidariste, obligeant la victime à travailler modérément dans l'intérêt général, c'est-à-dire pour empêcher le dommage de continuer ».

l'actualité juridique des outils du solidarisme contractuel reçus par le droit positif. Cependant, ce regain de faveur, à notre sens, devrait être mesuré. En effet, trop de solidarisme nuira inéluctablement aux autres valeurs et impératifs qui sont tout aussi au cœur du contrat tels que la liberté, la sécurité juridique, l'efficacité économique.

II. De la mesure dans le regain de faveur du solidarisme contractuel

31. La mesure, à notre sens, est et devrait être le critère qui guide toute entreprise contractuelle. Pour éviter si possible le reproche qui a toujours été fait au solidarisme contractuel de reposer sur une appréhension angélique, idéalisée et irénique du contrat, il convient d'adopter une approche modérée, réaliste, harmonieuse et équilibrée. Celle-ci promeut le « métissage des valeurs » : liberté mais loyauté, stabilité mais équité, sécurité mais justice et solidarité. Certes, la survenance de la pandémie de la Covid-19 constitue une heureuse opportunité de réactualisation de l'esprit et de la lettre du solidarisme contractuel, mais le juge est appelé à faire montre de bon sens, de pragmatisme dans l'interprétation et l'application de la règle de droit. C'est à l'épreuve des faits que les règles expressives du solidarisme contractuel seront testées et appréciées. Une appréciation au cas par cas s'avère alors nécessaire. Aussi, pensons-nous que la vérification de cet intelligent compromis passe par l'exposé de la pertinence de cette approche **(A)** et son sens **(B)**.

A. La pertinence de la mesure dans le regain de faveur du solidarisme contractuel

32. Il faut de « la mesure en toutes choses » disait Horace³¹⁰. Cette sagesse trouve toute sa pertinence en matière contractuelle. Que ce soit la théorie générale du contrat ou le droit commun des contrats, il est judicieux de veiller au maintien d'un juste équilibre entre les différents intérêts en présence. Ainsi, une

³¹⁰ <https://citations.ouest-france.fr/citation-horace/faut-mesure-choses-26380.html>.

observation attentive de la sphère contractuelle laisse apparaître, à côté de la doctrine solidariste, l'existence d'autres théories explicatives du contrat **(1)**. Celles-ci promeuvent une diversité de valeurs qu'il est nécessaire de subtilement concilier **(2)**.

I. La nécessaire prise en compte d'autres théories explicatives du contrat

33. Le discours sur le contrat n'est pas seulement juridique, mais aussi politique³¹¹. Un grand nombre de doctrines, de théories expliquent le contrat en recherchant les bases fondamentales sur lesquelles il repose. Elles essaient, chacune à sa manière de répondre à la question de savoir : pourquoi contracte-t-on ? Pourquoi le contrat est-il obligatoire et lie les parties qui y sont tenues ? En effet, le paysage contractuel laisse observer que le solidarisme n'est pas la seule théorie explicative du contrat, il en existe d'autres qu'il est nécessaire de prendre en compte dans toute entreprise d'appréhension, d'analyse et d'évaluation du phénomène contractuel. Il est de nécessité impérieuse de concilier toutes ces théories pour éviter l'oppression de l'individu par le social et l'explosion de la société par la pulvérisation des droits individuels. Sans qu'il soit nécessaire pour des raisons de réalisme et d'efficacité de la présentation d'exposer toutes les théories et leurs variantes, seules les plus représentatives des enjeux du débat actuel retiendront l'attention.

34. L'individualisme contractuel ou la théorie libérale de l'autonomie de la volonté repose sur l'idée que l'individu est la valeur suprême tant dans le domaine politique, économique que moral. Sans qu'il soit possible ici d'exposer toutes les formes d'individualisme, il est plus judicieux de s'appesantir sur les doctrines individualistes appliquées au contrat. Aussi, peuvent être présentées deux variantes : l'individualisme qu'on peut appeler « critique » d'une part ; et l'individualisme « méthodologique », propre à l'analyse économique du droit, d'autre part.

³¹¹ V. M. Mekki, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », op. cit., p. 383.

35. L'individualisme est ici qualifié de « critique » parce qu'il vient en contrepoids aux idées solidaristes³¹². C'est à la fin du 18^e siècle que va s'affirmer la théorie de l'autonomie de la volonté. L'idée émerge de plus en plus en doctrine au 20^e siècle. Directement issue de la philosophie individualiste et du libéralisme économique, cette théorie professe que chaque homme est fondamentalement libre³¹³. Poser que l'homme est obligé uniquement parce qu'il l'a voulu et dans la mesure où il l'a voulu, c'est encore respecter sa liberté. Un individu ne saurait être assujéti à des obligations qu'il n'a pas voulues, car il se pourrait qu'elles soient tyranniques ; un individu doit respecter toutes les obligations auxquelles il a librement consenti. Le contrat se trouve en effet entre les mains des parties. La théorie de l'autonomie de la volonté est un principe qui signifie que la volonté crée sa propre obligation. Dans cette conception, on pourrait même dire que l'obligation n'est légitime que si elle est fondée sur la volonté. L'homme étant libre par essence, il ne peut s'obliger que par sa seule et simple volonté. La volonté est donc à la base de toute obligation conventionnelle. C'est elle qui est la source unique et autonome du contrat. Le contrat est une œuvre de la volonté. On peut donc dire que le contrat lie les parties car elles l'ont voulu et produit les effets. Etant l'œuvre de la volonté, le contrat ne peut être que juste. Chaque contractant est le meilleur juge et donc le meilleur législateur de ses intérêts. Personne ne peut agir contre ses propres intérêts. Si une obligation imposée peut être injuste, une obligation librement acceptée ne peut pas l'être. Les obligations volontairement voulues sont justes au contrat. Ainsi, A. Fouillée disait : « qui dit contractuel, dit juste »³¹⁴. La théorie de l'autonomie de la volonté a induit trois principes étroitement liés dont deux ont été érigés aujourd'hui en principes directeurs du droit positif des

³¹² Ibid.

³¹³ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 33.

³¹⁴ Sur la portée réelle de la formule, v. C. Jamin, « Quelle nouvelle crise du contrat ? », in *La nouvelle crise du contrat*, 2003, p. 12, note 19, cité par F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 34, note 2.

contrats³¹⁵. Tout d'abord, le principe de la liberté contractuelle qui signifie que les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter, de choisir leur cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat.

Nul n'est forcé en effet d'entrer en relations avec ses semblables et chacun a le droit de refuser de céder les biens qui lui appartiennent ou de prendre à son service une personne dont il ne veut pas. Le refus de contracter n'est qu'une manifestation de la liberté³¹⁶. Le contrat apparaît alors, selon l'heureuse expression du Professeur Alain SERIAUX, comme « l'une des plus hautes manifestations de la liberté humaine, celle qui n'est en définitive rien d'autre que la capacité de choisir ses chaînes »³¹⁷. Ensuite, le principe de la force obligatoire du contrat, il signifie que les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. Ainsi, le législateur a donné au contrat la même force que la loi elle-même. Le principe de l'autonomie de la volonté sert à expliquer et à justifier la force obligatoire du contrat ; l'homme étant libre par essence, il ne peut s'obliger que par sa simple volonté. Rien, en principe n'oblige les parties à contracter, mais dès lors qu'elles l'ont fait, elles sont tenues de respecter leurs engagements. L'accord des volontés est par lui-même créateur d'obligations. Ce qu'elles ont convenu s'impose à elles sans qu'il soit besoin du renfort d'aucune norme. De même, aucune des parties ne pourrait se délier par sa seule volonté sans engager sa responsabilité. Le consentement mutuel peut seul dénouer ce qu'il a noué. Ce qui renvoie alors à l'intangibilité du contrat, c'est-à-dire la fixité des termes et conditions arrêtés entre les parties et l'obligation pour chacune d'elles de respecter ses engagements irrévocablement donnés, pendant toute la durée d'exécution de la convention.

Par ailleurs, il est important de noter que cette intangibilité s'impose non seulement à chacune des parties, mais aussi au juge. Le juge est, pour sa part, «

³¹⁵ V. Les articles 1102 et 1103 du Code civil français dans sa rédaction résultant de l'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

³¹⁶ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 34.

³¹⁷ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, PUF, 2^{ème} édition, 1988, n° 5, p. 22.

ministre de la volonté des parties »³¹⁸ et doit, à ce titre, être un « serviteur respectueux du contrat »³¹⁹. En particulier, il n'a donc en principe pas le pouvoir d'interpréter un contrat dont les clauses sont « claires et précises »³²⁰ sous peine de dénaturation. Ce n'est qu'en l'absence de telles clauses qu'il est habilité à interpréter le contrat, tout en restant tenu de rechercher « la commune intention des parties »³²¹.

Pour la doctrine individualiste ou autonomiste, l'homme de la crise est le contractant et le remède à la crise réside dans la rédaction de clauses contractuelles sur mesure. Ce qui n'est pas le cas avec la doctrine du solidarisme contractuel qui suggère plutôt que l'homme de la crise serait le juge et le remède à la crise la flexibilité du contrat³²². Enfin, le principe de l'effet relatif du contrat, il se déduit de l'effet de l'autonomie de la volonté. Parce que le contrat repose sur la volonté des parties, il n'a pas d'effets à l'égard des tiers. En ce sens, l'on ne saurait demander à un tiers d'exécuter le contrat. Les parties ne peuvent par un contrat ni engager autrui, ni faire naître à son profit une créance. Pour le tiers, le contrat lui est opposable car il crée une situation qu'il ne saurait ignorer. Certes, la situation créée par le contrat ne lui profite pas, elle ne le nuit pas, mais il ne saurait rester indifférent. L'effet relatif permet dès lors de distinguer les parties et les tiers au contrat. L'article 1165 du Code civil de 1804 encore applicable dans plusieurs pays de l'espace OHADA limite l'exécution du contrat aux parties. Par conséquent, le contrat n'a d'effets qu'entre les parties contractantes. Seules, les personnes qui ont contracté sont en effet liées par les termes du contrat.

36. L'individualisme méthodologique repose sur l'analyse économique du droit. Cette discipline qui prend ses racines aux Etats-Unis d'Amérique et dont la montée en puissance est principalement due à Ronald Coase, vise à emprunter

³¹⁸ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 35, n°26.

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ V. Article 1192 du Code civil.

³²¹ V. Article 1188 du Code civil.

³²² M. Mekki, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », op. cit., n°9.

des concepts de l'économie pour mieux comprendre le droit, notamment en explicitant une rationalité sous-jacente aux règles et en identifiant leurs effets prévisibles³²³. Privilégiée dans les pays de *Common law* depuis quelques décennies, cette analyse a pour objet l'observation de la règle de droit à travers le prisme de l'économie. La norme juridique est donc envisagée de manière instrumentale « *comme un outil qui doit être mobilisé au service d'objectifs définis en termes économiques* »³²⁴. Elle perd son autonomie et acquiert une dimension utilitariste : la finalité de ce type d'analyse est en effet d'orienter l'élaboration et l'interprétation de la règle de droit vers une efficacité optimale, « mesurée à l'aune de ses performances économiques »³²⁵.

Faire du droit un véritable levier de développement économique et social s'impose de plus en plus. Cette mobilisation du droit à des fins économiques est en grande partie, selon une certaine doctrine³²⁶, alimentée par les rapports *Doing*

³²³ E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., n°2121, p. 591. Le postulat de l'analyse économique du droit est l'existence d'un homme rationnel qui cherche à maximiser ses richesses. C'est le principe de l'individualisme méthodologique de l'école dite de « Chicago ». Dès le premier tiers du XX^e siècle, les Etats unis d'Amérique, après la crise boursière de 1929, tentent d'utiliser les sciences économiques pour avoir un nouveau regard sur l'institution juridique. L'objectif consiste à étudier le système juridique en empruntant les outils de la microéconomie. La théorie de R. Coase relative au coût social apparaît au début des années 1960. Tout système peut être évalué en termes de coût. Le meilleur des systèmes est celui dont les coûts sociaux sont au plus bas (v. M. Mekki, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », op. cit., n°16).

³²⁴ B. Frydman, « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », in *Le droit dans la mondialisation*, M. Chevillier-Gendreau et Y. Moulier-Boutang (dir.), PUF 2001, p. 57 et s., cité par B. Mallet-bricout, « Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil », RIDC, 2004-4, p. 872, n° 9 ; v. aussi, B. Oppetit, « L'endettement et le droit », Mélanges Breton-Derrida, Dalloz, p. 310 et s. ; « Droit et économie », Archives de philosophie du droit, t. 37, Sirey, Paris, 1992, p. 17 ; « Développement économique et développement juridique », Mélanges A. Sayag, Litec 1997, p. 71.

³²⁵ B. Frydman, op. cit., p. 60.

³²⁶ V. entre autres, A. Raynouard et A. J. Kerhuel, « L'évaluation des systèmes juridiques au cœur de la tourmente », D. 2010, p. 2928 ; Alain Bernard, « *Law and Economics*, une science idiote ? », D. 2008, p. 2806 ;

J. F. Gaudreault-Desbiens, « La critique économiste de la tradition romano-germanique », RTD Civ. 2010, p. 683 ; Association Henri-Capitant des amis de la culture juridique française, *Les droits de tradition civiliste. A propos des rapports Doing Business de la Banque mondiale*, Association Henri-Capitant des amis de la culture juridique française, Société de législation

Business de la banque mondiale³²⁷. Ceux-ci constituent, aujourd'hui un avatar de l'analyse économique du droit et suscitent beaucoup de controverses doctrinales³²⁸.

37. Sur le plan de la théorie générale du droit, il apparaît que la norme juridique n'est plus seulement jugée par sa qualité, sa logique et sa cohérence, mais aussi par son efficacité et son attractivité. La règle de droit est devenue un objet de concurrence. En effet, force est de considérer de plus en plus l'attractivité et l'efficacité comme des propriétés qui sont désormais attendues d'une règle de droit à côté de bien d'autres comme l'accessibilité, l'intelligibilité, la simplicité, la prévisibilité, la sécurité, l'effectivité³²⁹. La science juridique s'intéresse aussi à ces nouveaux critères qui, bien que nourris à la sève économique, ne sauraient être rejetés ou maintenus hors du champ juridique, se demandant même s'ils ne sont pas devenus les « nouveaux vecteurs de légitimité des normes juridiques »³³⁰. L'évaluation de l'attractivité et de l'efficacité de la règle de droit conduit à

comparée, 2006 ; R. Encinas De Munagorri, « L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2006, p. 505 ; S. Vermeille et A. Bezert, « L'analyse économique du droit au secours du droit des sûretés et du droit des procédures collectives », *D.* 2014, p. 289 ; I. Feviliye, « Le rapport Doing Business 2013 de la banque mondiale sur la facilité à faire des affaires dans le monde et dans l'espace OHADA », *Ohadata D-13-10*, aussi, *Revue congolaise de droit et des affaires*, n° 9, 2012, p. 63 ; G. Canivet, B. Deffains et M. A. Frison-Roche, *Analyse économique du droit : Quelques points d'accroche*, Dossier spécial, *LPA*, 19-05-2005, n°99, p. 4 et s.

³²⁷ Ces rapports présentent le classement de plus de 180 pays dans le monde au regard de la facilité qu'ils offrent à faire des affaires. Le but de ces rapports est d'établir des corrélations entre la qualité des règles juridiques applicables dans un Etat et sa prospérité économique. Les pays de *Common law* sont mieux classés que ceux dotés d'un système juridique civiliste.

³²⁸ V. Entre autres, Y. M. Laithier, « Le droit comparé et l'efficacité économique », *Revue de droit Henri Capitant*, n°1, 30 décembre 2010 ; B. Du Marais, « Mesurer le droit ? Ou plutôt l'évaluer ? Quelques réflexions sur les limites méthodologiques des rapports Doing Business », *RDAI*, n°5, 2006, p. 675 ; A. Raynouard, « Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit pour assurer l'efficacité économique du droit ? », *RRJ* 2008/22, p. 1509 et s.

³²⁹ A. Akam Akam, « Attractivité et efficacité du droit OHADA », in *l'OHADA au service de l'économie et de l'Entreprise : Efficacité et Compétitivité (1993-2013) : Hommage aux doctrinaires et pionniers de l'OHADA*, s/d. du Professeur J. Dikko Tchoukang, JUTA, CCLA, Collection-Droit comparé en Afrique, 2015, p. 63.

³³⁰ V. M. Fatin-Rouge Stéfanini, L. Gay, A. Vidal-Naquet (s./dir.), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, Bruxelles, 2021 ; M. Fatin-Rouge Stéfanini, L. Gay, J. Pini, *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, Bruxelles, 2010.

s'intéresser aux effets produits en aval par celle-ci. L'attractivité répond à la question du rayonnement de la règle de droit considérée et l'efficacité à celle de sa capacité à produire les effets et résultats attendus. Le discours juridique, aujourd'hui doit aller au-delà de l'appréciation de la légitimité du pouvoir de produire les normes fondée sur l'élaboration démocratique de la règle de droit, pour s'intéresser à la prégnance sociale de la norme. Cette option, qui met au cœur de la réflexion de la science juridique des préoccupations d'ordre téléologique, invite à une nécessaire étude de la finalité ou du but des règles de droit³³¹. On est alors loin de la démarche de Hans Kelsen et de bien d'autres positivistes qui considèrent que la science du droit se limite à décrire le droit positif tel qu'il est ; elle n'a pas à l'évaluer à l'aune d'un but externe, d'ordre politique, social ou économique. Il s'agit d'une seule et simple description formelle, verticale, hiérarchique, pyramidale des normes juridiques dépourvue de tout jugement de valeur³³². Dans cette perspective, tout ce qui se situe en amont de la norme (les origines sociales du droit) et en aval (les effets sociaux, économiques) ne doit pas préoccuper la science juridique. En revanche, les écoles sociologiques ou encore le courant dit de l'analyse économique du droit (AED) soutiennent qu'il revient à la science juridique d'identifier les effets sociaux réels des institutions juridiques et de réfléchir aux moyens de rendre le droit à la fois plus effectif, efficace et attractif. Il est incontestable de constater que ce sont des considérations d'ordre économique qui font prospérer aujourd'hui, tant dans le discours politique que juridique, l'idée selon laquelle la règle de droit doit être attractive et efficace.

38. Le droit OHADA et celui français ne sont pas restés indifférents à cette tendance. Le premier est même l'illustration topique de la relation entre le droit et l'économie³³³. Il est un outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique pour servir

³³¹ A. Akam Akam, « Attractivité et efficacité du droit OHADA », op. cit., p. 65.

³³² H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduit par Charles Einsenmann, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962.

³³³ V. P. G. Pougoue, « Doctrine OHADA et Théorie juridique », *Revue de l'Ersuma*, Numéro spécial, Nov./Déc. 2011, p. 17 ; Aussi, R. Massamba, « Attractivité économique du droit OHADA-Etude macroéconomique », in *Encyclopédie du droit OHADA s/dir. P. G. POUGOUE*, Lamy 2011, pp. 377-

le développement économique et la croissance de ce continent en garantissant la sécurité juridique et judiciaire du climat des affaires. Les réformes de certains Actes uniformes s'inscrivent dans la perspective d'établir un courant de confiance en faveur des économies des pays membres de l'OHADA en vue de créer un pôle de développement en Afrique. Le deuxième, surtout le droit des contrats a fait de l'attractivité économique³³⁴ une de ses priorités. En réformant le droit des contrats, le législateur français a proclamé avoir été inspiré par un souci d'efficacité économique et de compétitivité³³⁵. D'après les idées affichées, le droit ne serait plus lisible car trop jurisprudentiel et complexe et devrait s'adapter aux enjeux d'une économie mondialisée, notamment pour que la France ne soit plus pénalisée sur la scène internationale³³⁶. À l'heure de la mondialisation, de la globalisation, de l'harmonisation entreprise dans certains espaces d'intégration, chaque pays fait des efforts pour que son droit des contrats, puisse s'exporter, ait une influence susceptible d'affronter avec succès la concurrence d'autres droits plus modernes et plus innovants.

39. Les droits de l'homme, d'une manière générale suscitent un réel intérêt. Ils sont devenus aujourd'hui incontournables. Longtemps rattachés au droit public, ils bouleversent le droit privé français. Comme le souligne le professeur Philippe Remy « tout le droit, notamment le droit civil, est désormais apprécié au regard des droits de l'homme »³³⁷. Le contrat n'échappe pas à cette déferlante des droits fondamentaux. Manifestation des rapports entre personnes privées, le contrat connaît aujourd'hui une véritable mutation. Les droits de l'homme du contrat

381 ; C. I. Feviliye-dawey, « L'OHADA ou le droit au service de l'économie », Revue congolaise de droit et des affaires, Mars 2010, Edition spéciale n° 2, p. 11 et s.

³³⁴ V. X. Lagarde, « Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats », D. 2005, p. 2745.

³³⁵ V. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préambule.

³³⁶ F. Rouvière, « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », in Dossier spécial, *Le nouveau discours contractuel*, RDC, 2016, n°03, p. 600.

³³⁷ P. Remy, « 100 ans de chronique », RTD Civ., 2002, p. 677.

investissent de plus en plus le champ juridique³³⁸. La fundamentalisation du droit des contrats est un phénomène qui s'intensifie. Le droit des contrats est « saisi par les droits fondamentaux »³³⁹. Cette transformation du contrat se fait essentiellement au regard du renouvellement des sources traditionnelles par des sources supranationales et notamment par la Convention européenne des droits de l'homme³⁴⁰. Aujourd'hui, « une grande partie des règles du droit des contrats sont filtrées au moyen de la Convention européenne des droits de l'homme »³⁴¹. Cette influence est telle que certains voient dans les droits fondamentaux « le socle d'un nouveau droit des contrats », leur objectif étant de « créer un contrepoids à l'idéologie du marché et aux excès du capitalisme »³⁴². Aussi, l'avènement des droits fondamentaux dans le contrat apparaîtrait comme une réponse efficace à la faiblesse de certains contractants. Le professeur Pascal Puig relève en ce sens que « c'est justement au sein des relations contractuelles les plus déséquilibrées que les droits fondamentaux s'immiscent pour tenter, comme à leur origine contre l'État, de protéger le faible contre le fort et prévenir les abus de pouvoir auxquels conduit parfois l'unilatéralisme »³⁴³. Les droits de l'homme constituent en quelque sorte un ordre public humaniste qui met au centre de la hiérarchie des valeurs le respect de la personne humaine. Aussi bien les thèses sociales que libérales peuvent se retrouver dans la doctrine qui promeut les droits de l'homme du contrat.

³³⁸ M. Mekki, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », op. cit., n°18.

³³⁹ C. Jamin, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in *Repenser le contrat* (s./dir. de G. Lewkowicz et M. Xifaras), Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2009, p. 175.

³⁴⁰ R. Dijoux, « La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux », LPA, octobre 2011, n°214, p. 12.

³⁴¹ M. Mekki, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », op. cit., n°18.

³⁴² M. Delmas Marty, « Commerce mondial et protection des droits de l'homme », in *Commerce mondial et protection des droits de l'homme*, Publication de l'institut international des droits de l'homme, Bruylant, 2001, p. 1, cité par M. Mekki, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », op. cit., note 101.

³⁴³ P. Puig, « Droits fondamentaux et formation du contrat », in *contrats et droits fondamentaux*, colloque Avignon, 12 janvier 2007, PUAM ; Revue juridique de l'USEK, n°10, 2009, pp. 159-186.

40. Aujourd'hui, les droits fondamentaux ne sont plus restreints à une relation verticale, c'est-à-dire à la relation entre l'individu et l'État. L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme participe à la diffusion de la norme jusque dans les relations interindividuelles

L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme est consacré par le juge français. Le célèbre arrêt *Mel Yedei* en constitue une illustration. Visant directement l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation décide que « les clauses d'un bail d'habitation ne pouvant, en vertu de l'article 8-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches, une cour d'appel qui, pour écarter l'existence d'un manquement du preneur à ses obligations, relève que la locataire hébergeait le père de ses deux derniers enfants ainsi que sa sœur, justifie légalement sa décision de débouter l'Office public d'aménagement et de construction de la ville de Paris de sa demande en résiliation de bail pour hébergement de tiers »³⁴⁴. Le droit à la vie familiale issu de la Convention devient pour le juge interne un nouveau fondement de ses décisions en matière de baux.

41. De ce qui précède, il apparaît qu'il est aujourd'hui difficile et même impossible de réfléchir sur la théorie générale du contrat ou sur le phénomène contractuel en ignorant toutes ces thèses qui, à la vérité se complètent. Il est alors plus que souhaitable d'appréhender en période de crise le contrat dans sa globalité en intégrant intelligemment la diversité des valeurs qui font sa richesse.

2. L'intelligent compromis des différentes valeurs du contrat

³⁴⁴ Cass. 3e civ., 6 mars 1996, *Mel Yedei* c/ Opac Ville de Paris, Bull. civ. 1996, III, no 60 ; RTD civ. 1996, p. 897, obs. J. Mestre et p. 1024, obs. J.-P. Marguenaud ; JCP G 1996, I, 3958, n°1, obs. C. Jamin ; D. 1996, somm. p. 379 ; N. Damas, « Bail d'habitation janvier 2006-décembre 2006 », D. 2007, no 13, p. 903 ; JCP G 1997, II, 22764, note T. Nguyen Van ; D. 1997, p. 167, note B. de Lamy.

42. Les règles qui composent le droit des contrats sont le produit d'une conciliation des impératifs de liberté, de sécurité juridique, d'efficacité économique, de justice, de loyauté et de solidarité. Les impératifs de prévisibilité et de stabilité contractuelles composent avec les exigences d'équité, de loyauté, de proportionnalité, de cohérence et de solidarité³⁴⁵. C'est un métissage de valeurs qui conjugue les exigences du libéralisme économique avec les vertus de l'humanisme contractuel³⁴⁶. Une lecture attentive de l'ordonnance française du 10 février 2016 et de l'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA laisse apparaître que le discours contractuel fait coexister des valeurs individuelles, économiques³⁴⁷ et morales³⁴⁸. Dès les dispositions liminaires de l'ordonnance du 10 février 2016, la liberté contractuelle, l'exigence de bonne foi et la force obligatoire sont posées à titre de principes directeurs. Ce qui illustre sans doute la ferme volonté du législateur de donner une nouvelle orientation au droit des contrats. Un droit des contrats imprégné, dans toutes ses phases (précontractuelle, contractuelle, post contractuelle) des impératifs de liberté, de loyauté, de justice et de sécurité. L'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA va aussi dans le même sens en posant de manière expresse ces principes directeurs qui irriguent toutes les phases du contrat³⁴⁹. Il y a lieu de constater, à la lecture des dispositions des textes précités que le législateur fait montre de mesure dans leur rédaction. A chaque fois qu'une valeur est mise en exergue, elle est aussitôt limitée par une autre. Quelques exemples pris ici et là, de manière arbitraire dans les textes qui nous servent de base d'analyse permettent de vérifier ce postulat. L'article 1112 de l'ordonnance du 10 février 2016 indique que « l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres ». Le

³⁴⁵ D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », op. cit., n°3.

³⁴⁶ D. Mazeaud, « La politique contractuelle de la Cour de cassation », op. cit., n°6.

³⁴⁷ F. Rouvière, « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », op. cit., n°1.

³⁴⁸ D. Fenouillet, « Les valeurs morales », in Dossier spécial, *Le nouveau discours contractuel*, RDC, 2016, n°03, p. 589.

³⁴⁹ V. Les articles 32 et suivants de sa Section 2 du Chapitre I, sous-titre 1 du Titre II.

législateur affirme d'abord le principe de la liberté contractuelle. Liberté d'ouvrir, de mener et de rompre une négociation contractuelle, sans que la responsabilité des négociateurs ne puisse, en principe être engagée. Ensuite, il le canalise par le nécessaire respect de l'impératif de bonne foi en précisant « ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ». Il s'agit ici de sanctionner la rupture abusive des pourparlers³⁵⁰. Ainsi, la période précontractuelle est placée sous le double signe de la liberté et de la bonne foi.

43. Dans les développements qui précèdent³⁵¹, il a été souligné que l'obligation précontractuelle d'information consacrée à l'article 1112-1 de l'ordonnance du 10 février 2016 et la sanction corrélative de la réticence dolosive de l'article 1137 procèdent et participent du solidarisme contractuel. Il existe en effet un lien étroit entre les règles prévues dans ces dispositions et l'obligation de contracter de bonne foi. Cette lecture solidariste est cependant canalisée, relativisée puisque le législateur prévoit aussitôt, après avoir posé le principe de l'obligation d'information et la sanction de la réticence dolosive que ceux-ci ne portent pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ainsi le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation n'est pas constitutif de dol. La loi française de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 a ajouté cette exception à l'article 1137 nouveau du Code civil afin de mieux articuler les dispositions de cet article avec celles de l'article 1112-1 alinéa 2³⁵². En effet, la réticence dolosive entraîne la nullité du contrat parce qu'il existe au préalable une obligation d'information qui ne porte cependant pas, selon les dispositions des articles 1112-1 et 1137 sur l'estimation de la valeur de la prestation. L'introduction de cette limite consacre l'arrêt Baldus du 03 mai 2000

³⁵⁰ V. Com., 26 novembre 2003, Soc. Alain Manoukian c. Wajsfisz, D. 2004. 869, note A. S. Dupré-Allemagne ; JCP 2004. I. 163, n°18, obs. G. Viney ; JCP E 2004. 738, note Ph. Stoffel-Munck ; RDC 2004. 257, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2004. 80, obs. J. Mestre et B. Fages ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, 13^e éd., Dalloz, 2015, n°142.

³⁵¹ V. Supra, n°17.

³⁵² M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016- Une réforme de la réforme ? », D. 2018, p. 900, n°23.

rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation qui, en cassant l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles avait affirmé qu' « en statuant ainsi, alors qu'aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur, la cour d'appel a violé l'article 1116 du Code civil »³⁵³. Le 17 janvier 2007, la troisième chambre civile de la Cour de cassation va plus loin en indiquant que « l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis »³⁵⁴. Le message de la Cour de cassation est donc clair. Quand l'erreur du vendeur a pour objet la valeur du bien vendu, le silence de l'acquéreur n'est pas dolosif car, quel que soit la qualité dans laquelle il contracte, il n'est alors tenu d'aucune obligation d'information sur ce point particulier³⁵⁵. Autrement dit, le silence intentionnellement gardé par l'acquéreur sur la valeur ne constitue pas une réticence susceptible d'emporter la nullité du contrat, même s'il a provoqué une erreur déterminante du consentement du vendeur. Cet arrêt limite considérablement l'exigence de bonne foi qui doit présider, selon l'approche solidariste du contrat dans les rapports précontractuels. La troisième chambre civile paraît remettre en cause « l'union devenue intime de la réticence dolosive et de l'obligation de contracter de bonne foi »³⁵⁶ que la jurisprudence avait nouée, dans le passé, et qui se cristallisait dans l'existence d'une obligation d'information qu'elle imposait dans certaines circonstances. Avec cet arrêt, le divorce entre réticence dolosive et loyauté semble consommé. Or, en l'espèce, le juge suprême aurait pu retenir l'existence

³⁵³ Civ., 1^e, 3 mai 2000, D. 2002. Somm. 928, obs. Tournafond ; RTD civ. 2000. 566, obs. Mestre et Fages ; CCC 2000, comm. n°140, obs. Leveneur ; JCP 2000. I. 272, obs. Loiseau et II. 10510, obs. Jamin ; Defrénois 2000. 1110, obs. Delebecque et Mazeaud ; LPA, 5 déc. 2000, 14, note Fromion-Hébrard.

³⁵⁴ Civ., 3^e, 17 janvier 2007, D. 2007. 1051, obs. D. Mazeaud et P. Stoffel-Munck, Somm. 2969, obs. S. A. M. ; JCP 2007. II. 10042, note C. Jamin ; Defrénois 2007. 443, obs. E. Savaux et 959, note Y. Dagorne-Labbé ; CC 2007, n°117, note Leveneur ; RDC 2007. 703, obs. Y.-M. Laithier ; RTD civ. 2007. 335, obs. J. Mestre et B. Fages.

³⁵⁵ D. Mazeaud, « Réticence de l'acquéreur sur la valeur du bien vendu : la messe est dite ! », obs. sous Civ., 3^e, 17 janvier 2007, p. 1051, n°3.

³⁵⁶ Civ. 1^e, 13 mai 2003, D. 2003. AJ. 2308, obs. Avena-Robardet ; Ibid. 2004. Jur. 262, note Mazuryer ; Defrénois 2003. 1658, spec. 1659, obs. Libchaber.

d'une obligation d'information à la charge de l'acquéreur professionnel en raison de la situation malheureuse, précaire et du statut de profane du vendeur. Ce dernier était, selon les faits relatés dans l'arrêt manœuvre, après avoir été agriculteur et que son épouse était en incapacité totale de travail³⁵⁷. Aussi, la qualité de professionnel de l'immobilier de l'acheteur n'était pas contestée. Il connaissait parfaitement la valeur du bien vendu et avait tenu intentionnellement secrète cette information essentielle et déterminante du consentement de son cocontractant. Les arrêts du 03 mai 2000 et du 17 janvier 2007 paraissent privilégier l'impératif de sécurité juridique et l'approche libérale du contrat. Dans la relation contractuelle, surtout en présence d'un contrat-échange, c'est-à-dire d'un contrat qui établit entre les parties un jeu à somme nulle, en ceci que l'un des contractants gagne nécessairement ce que l'autre perd. Les intérêts des parties y sont donc très largement divergents³⁵⁸. On ne saurait ainsi tabler dans un tel contrat sur la coopération du cocontractant, qui prendrait spontanément en charge les intérêts de son partenaire au détriment des siens. Il appartient en effet à chaque contractant de défendre ses intérêts. Comme l'écrivait Portalis, « un homme qui traite avec un autre homme doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais

³⁵⁷ Une promesse de vente immobilière avait été conclue entre un acquéreur, agent immobilier et marchand de biens, et un vendeur, dont l'arrêt précise, avec un grand luxe, sans doute délibéré, de détails, qu'il était devenu manœuvre, après avoir été agriculteur, et que son épouse était en incapacité totale de travail... Ce vendeur avait agi en nullité, car il reprochait à son acquéreur de ne pas lui avoir intentionnellement révélé l'information essentielle sur le prix de l'immeuble qu'il détenait en sa qualité de professionnel. Les juges du fond lui avaient donné raison, car, selon eux, le vendeur « *ne pouvait lui-même connaître la valeur de son pavillon* » et que le silence de l'acquéreur « *constituait un manquement au devoir de loyauté qui (s'impose) à tout contractant et caractérisait une réticence dolosive déterminante du consentement (du vendeur), au sens de l'article 1116 du code civil* ». La troisième Chambre civile casse sèchement l'arrêt au motif qu' « *en statuant ainsi, alors que l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »

³⁵⁸ V. P. Didier, « Le consentement sans l'échange : contrat de société », in *l'échange des consentements*, RJ com., nov. 1995, n° spécial, n°11, p. 74 ; « Brèves notes sur le contrat-organisation », Mélanges F. Terré, Dalloz, Puf, Editions du Juris -classeur, Paris, 1999, p. 636.

non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison »³⁵⁹. Chacun est donc appelé à défendre ses intérêts. La liberté ne va pas sans responsabilité. Le propriétaire d'un bien qui prend l'initiative de le vendre à un prix qu'il fixe doit se renseigner au préalable sur la valeur de celui-ci³⁶⁰.

Dans les affaires du 03 mai 2000 et du 17 janvier 2007, l'appréciation du comportement de l'acquéreur par le juge suprême semble avoir été décisive. On est en présence d'un acquéreur qui a exploité l'erreur du vendeur plutôt qu'il ne l'a provoquée³⁶¹. Dans l'affaire des Baldus, le propriétaire avait contacté l'acquéreur afin de lui proposer d'acheter les photos à un prix qu'il avait lui-même fixé. Dans l'affaire Theuillon du 17 janvier 2007, le vendeur, selon les faits, s'était déplacé à l'agence immobilière en vue de vendre son bien. Il voulait vendre sa maison et se faisait une représentation inexacte de la valeur de celle-ci. L'acquéreur s'est contenté de ne pas le détromper. A ce propos, un auteur affirme « Ce prix était peut-être sans rapport avec la valeur du pavillon, mais cette fausse représentation de la réalité n'était, à notre connaissance, pas le fait du marchand de bien. Ni son silence, ni un autre comportement de sa part ne paraissent avoir amené le vendeur à se faire l'idée de la valeur qu'il prêtait à la chose. La situation est donc différente de celle où le marchand de bien se serait rendu chez le vendeur, et l'aurait incité à vendre. Dans de telles circonstances, la troisième Chambre aurait peut-être admis un dol (...). Ainsi, il ne semble pas que l'acheteur a, en l'occurrence, provoqué la réflexion erronée du vendeur sur

³⁵⁹ Fenet, t. 1, p. 463 cité par H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, 2015, 13^e éd., n°151, p. 70.

³⁶⁰ Ce principe peut être renversé dans certaines circonstances. D'abord, lorsque la relation entre deux contractants est de nature fiduciaire, c'est-à dire basée sur la confiance. En droit des sociétés par exemple, le dirigeant est tenu d'un devoir d'information sur la valeur des titres qu'il rachète à un des associés (Com. 12 mai 2004, Bull. civ. IV, n° 94 ; D. 2004. AJ. 1599, obs. Lienhard, et Somm. 2923, obs. Lamazerolles ; RTD civ. 2004. 500, obs. Mestre et Fages ; Rev. sociétés 2005. 140, obs. Godon ; RDC 2004. 923, obs. Mazeaud ; LPA, 16 juill. 2004, note Reifergeste ; JCP 2004. I. 173, obs. Constantin ; *ibid.*, II. 10153, note Damy. Ensuite, certains contractants se voient, à raison de leur profession et du label de confiance qui s'y attache, tenus de devoir conseiller leurs clients et d'y sacrifier leurs intérêts au besoin.

³⁶¹ P. Stoffel- Munck, « Réticence de l'acquéreur sur la valeur du bien vendu : la messe est dite ! », obs. sous Civ., 3^e, 17 janvier 2007, p. 1054, n°7.

la valeur ou l'a aiguillé sur une fausse appréciation de celle-ci »³⁶². Dans aucune de ces affaires, l'acheteur n'a pesé sur les réflexions du vendeur, afin de l'amener à consentir un prix nettement inférieur à la valeur réelle. Or, comme, il avait été souligné, il est « essentiel de distinguer entre le fait de se porter acquéreur d'un objet mis en vente à un certain prix et le fait d'amener un individu à nous céder une chose à un prix nettement inférieur à sa valeur réelle »³⁶³. En effet, lorsqu'une personne se propose de vendre un bien dont elle connaît les qualités substantielles, il lui est aisé de faire procéder à l'estimation de celui. On peut dès lors comprendre les limites légales apportées aux articles 1112-1 et 1137 du Code civil français sur l'exclusion de « l'estimation de la valeur de la prestation » du champ de l'obligation précontractuelle d'information et de la réticence dolosive. Ce qui en va différemment du cas où le propriétaire d'un bien s'adresse à un professionnel, pour lui demander une estimation du prix et que celui-ci, abusant de sa situation, retient un prix très insuffisant et propose d'acquérir le bien, il semble que la nullité pour dol soit alors encourue. En effet, dans une pareille hypothèse, l'acquéreur ne se contente pas de se taire ; il ment délibérément en délivrant un renseignement inexact³⁶⁴.

44. Il a été relevé dans ce qui précède³⁶⁵ que la phase de l'exécution du contrat contient des règles qui procéderaient du solidarisme contractuel parmi lesquelles la théorie de la force majeure et celle de l'imprévision. Elles sont très sollicitées par les contractants en cette période de crise sanitaire de la Covid-19. L'examen du contenu de ces outils légaux montre que le législateur intègre à la fois les impératifs de liberté, de prévisibilité, de sécurité juridique, d'efficacité économique, de justice, de loyauté, d'équité et de solidarité. Cet intelligent compromis fait la richesse du droit contemporain des contrats.

³⁶² Ibid., n°6.

³⁶³ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, thèse, Paris I, éd. 1992, n°210, cité par H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit., p. 68.

³⁶⁴ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit., p. 70.

³⁶⁵ Supra n°22.

45. En examinant les conditions d'admission et de caractérisation de la force majeure, il apparaît que le législateur n'a d'égards, de considération qu'à l'endroit d'un débiteur qui est dans l'impossibilité avérée d'exécuter son obligation contractuelle. Seuls les débiteurs sérieux qui subissent effectivement l'événement qui rend impossible la réalisation de la prestation promise sont libérés de leurs obligations. La complaisance n'est donc pas admise. S'agissant de l'articulation de la Covid-19 avec la théorie de la force majeure, une doctrine³⁶⁶ relève fort pertinemment que la survenue de la Covid-19, bien qu'échappant au contrôle du débiteur et imprévisible, ne rend pas à elle seule, toujours l'exécution du contrat impossible. S'il n'y avait pas eu les mesures restrictives de libertés arrêtées par les pouvoirs publics, certains commerces pourraient toujours être ouverts. Il est plus facile de se fonder sur le fait du prince³⁶⁷ que de démontrer que la pandémie elle-même est un cas de force majeure. Une appréciation au cas par cas s'avère alors nécessaire, ce d'autant plus que la jurisprudence a déjà montré qu'elle était très rigoureuse pour admettre l'exonération des obligations face à des épidémies ou à des pandémies. Souvent le H1N1³⁶⁸, le Chikungunya³⁶⁹,

³⁶⁶ M. Behar-Touchais, « L'impact d'une crise sanitaire sur les contrats en droit commercial. A l'occasion de la pandémie de covid-19 », op. cit., n°9.

³⁶⁷ Ibid., n°9.

³⁶⁸ CA Besançon, 8 janvier 2014, n°12/02291. Dans cet arrêt, la cour d'appel de Besançon a écarté la qualification de force majeure en présence d'une épidémie de grippe H1N1, dès lors que ladite épidémie avait été « largement annoncée et prévue, avant même la mise en œuvre de la réglementation sanitaire ».

³⁶⁹ CA Saint-Denis de La Réunion, 29 déc. 2009, n°08/02114. Dans cet arrêt, la cour d'appel Saint-Denis de La Réunion a considéré que le caractère imprévisible d'une épidémie de chikungunya faisait défaut, car celle-ci avait débuté quatre mois avant la signature du contrat en question. Aussi, la cour d'appel de Basse-Terre, par arrêt du 17 décembre 2018, affirme que : « S'agissant de la présence du virus chikungunya, en dépit de ses caractéristiques (douleurs articulaires, fièvre, céphalées, fatigue...) et de sa prévalence dans l'arc antillais et singulièrement sur l'île de Saint-Barthélemy courant 2013-2014, cet événement ne comporte pas les caractères de la force majeure au sens des dispositions de l'article 1148 du Code civil. En effet, cette épidémie ne peut être considérée comme ayant un caractère imprévisible et surtout irrésistible puisque dans tous les cas, cette maladie soulagée par des antalgiques est généralement surmontable (les intimés n'ayant pas fait état d'une fragilité médicale particulière) et que l'hôtel pouvait honorer sa prestation durant cette période » (CA Basse-Terre, 1^e ch. civ., 17 déc. 2018, n°17/00739).

la Dengue³⁷⁰, la Peste³⁷¹, l'Ebola³⁷², n'ont pas été retenus comme des cas de force majeure, parce qu'une condition faisait défaut. Certains contrats comme les baux commerciaux, ont certes été affectés par la pandémie, mais l'application d'un mécanisme comme la force majeure est difficilement applicable et est inadapté à la situation. Une doctrine³⁷³ observe que la force majeure est une notion très difficilement invocable par le débiteur contractuel. L'article 1218 du code civil évoque un empêchement de l'exécution de son obligation par le débiteur, ce qui s'entend d'un obstacle insurmontable. Par conséquent, le locataire doit

³⁷⁰ CA Nancy, 22 novembre 2010, n°09/00003. Par arrêt du 22 novembre 2010, la cour relève que « La survenance au cours du mois d'août 2007 et dans les mois suivants de nombreux cas de Dengue jusqu'à aboutir au dépassement du seuil épidémique n'est donc pas un phénomène nouveau (...). Ces documents démontrent que l'épidémie survenue au cours de l'année 2007 ne présentait donc pas un caractère imprévisible. Par ailleurs, les articles produits par les parties établissent que dans le cadre de l'épidémie de 2007, cette maladie a concerné environ 5 % de la population. Le comité d'entreprise a soutenu qu'il était impossible de se protéger en permanence contre les piqûres de moustiques, ce qui est une évidence, toutefois la cellule de gestion des phénomènes épidémiques a insisté sur l'importance des mesures de protection individuelles à respecter, tels que l'utilisation de moustiquaires et de répulsifs ainsi que le port de vêtements longs (...). Le caractère irrésistible de cette épidémie de Dengue n'a donc pas été établi au regard des documents versés aux débats ».

³⁷¹ CA Paris, 25 septembre 1998, n°96/08159. La cour d'appel de Paris, appelée à juger d'un cas d'annulation de voyage en raison d'une épidémie de peste dans une région voisine d'une escale prévue, a refusé la qualification de force majeure, en soulignant que « l'épidémie ne présentait aucun caractère de certitude ou de gravité suffisante, qu'aucune consigne n'avait été donnée aux compagnies aériennes ou aux agences de voyages pour éviter la région en cause, et qu'en tout état de cause la protection contre un risque de contagion pouvait être assurée par la prise d'un traitement antibiotique préventif et qu'un médecin accompagnait le groupe de voyageurs ».

³⁷² CA Paris, 17 mars 2016, n°15/04263. Dans cet arrêt, la cour d'appel de Paris, appelée à statuer sur les conséquences de l'épidémie de virus Ebola, ne s'est pas prononcée sur la qualification de force majeure d'un tel événement, mais a retenu qu'il n'existait pas de lien de causalité entre cette épidémie et la prétendue impossibilité d'exécuter l'obligation contractuelle. Ainsi, elle a affirmé que « le caractère avéré de l'épidémie qui a frappé l'Afrique de l'Ouest à partir du mois de décembre 2013, même à la considérer comme un cas de force majeure, ne suffit pas à établir ipso facto que la baisse ou l'absence de trésorerie invoquée par la société appelante lui serait imputable, faute d'éléments comptables ». Dans un autre arrêt en date du 29 mars (CA Paris, 29 mars 2016, n°15/05607), elle s'est abstenue de retenir, à nouveau s'agissant de l'épidémie de virus Ebola, la qualification de force majeure et a affirmé que « la propagation du virus Ebola en Afrique de l'Ouest et la présence du djihadisme au Sénégal ne rendent pas l'exécution des obligations du preneur impossible ».

³⁷³ F. Kendérian, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la covid-19 », RTD Com. 2020, p. 265, n°11.

démontrer une réelle impossibilité d'exécuter le contrat de bail du fait de l'épidémie de Covid-19. Il ne doit pas se contenter d'établir que le paiement des loyers a été rendu plus difficile, voire très difficile par les mesures de fermeture des commerces et de confinement de la clientèle potentielle. Il faut que le locataire établisse que l'inexécution de son obligation de payer est directement imputable à l'épidémie, ce qui paraît extrêmement difficile.

La difficulté d'invocation de la théorie de la force majeure apparaît d'autant plus établie que la doctrine et la jurisprudence n'admettent pas la force majeure financière. La doctrine enseigne qu'en raison de la possibilité de remplacement de la monnaie, il n'y a pas, en principe, de force majeure en matière financière³⁷⁴. La Cour de cassation l'a énoncé, en des termes généraux, dans un arrêt du 16 septembre 2014 : « le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure »³⁷⁵. Il faut donc considérer que le locataire ne devrait pas pouvoir se fonder sur la notion de force majeure pour être libéré de sa dette de loyer. Sans doute le locataire subit-il des difficultés financières du fait de l'épidémie de Covid-19, qui a conduit à la fermeture de son commerce, mais il n'est pas empêché de payer son loyer, tant du moins que sa trésorerie le permet. Cependant, deux précisions s'imposent. D'une part, la force majeure qui libère le débiteur de son obligation, libère par voie de conséquence le créancier de son obligation de payer le prix. D'autre part, s'il est toujours possible en principe pour un débiteur de payer une somme d'argent, certaines circonstances peuvent l'empêcher de payer dans le délai convenu (exemple d'un virement qui ne peut

³⁷⁴ V. J. Carbonnier, *Droit civil, t. 4, Les obligations*, PUF, coll. Thémis-droit privé, 22^e éd., 2000, n° 166 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Domat-droit privé, 18^e éd., 2019, n° 350 ; F. Gréau, *Rép. civ. Dalloz, v° Force majeure*, 2017, n° 71 ; L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, op. cit., n°434.

³⁷⁵ V. Com. 16 sept. 2014, n° 13-20.306, Bull. civ. IV, n° 218 ; D. 2014. 2217, note J. François ; Rev. sociétés 2015. 23, note C. Juillet ; RTD civ. 2014. 890, obs. H. Barbier ; JCP 2014. 1117, note V. Mazeaud ; RDC 2015. 21, obs. Y.-M. Laithier. V. déjà, *Cass. 1^{re} civ., 23 avr. 1969 : Bull. civ. I, n° 138 et 141. – Contra, Cass. soc., 29 juin 1966 : Bull. civ. IV, n° 603*

se faire dans le délai imparti en raison d'un bogue informatique³⁷⁶). Aussi est-il intéressant d'évoquer un récent arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation rendu le 25 novembre 2020 qui opte pour une lecture strictement littérale de l'article 1218 du Code civil³⁷⁷. Selon cet arrêt³⁷⁸, le créancier qui n'a pu profiter de la prestation à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat en invoquant la force majeure. Ainsi, une personne qui avait déjà exécuté son obligation en s'acquittant le prix contractuellement prévu, ne peut plus être remboursé alors qu'il avait été empêché de profiter de la prestation dont il est créancier en raison d'un événement de force majeure. L'impossibilité d'exécuter pour le débiteur n'équivaut dès lors pas à l'impossibilité de profiter pour le créancier. Cette solution est malheureuse en cette période de pandémie. Elle est injuste en raison du déséquilibre qui naît entre les parties. Elle promet plutôt

³⁷⁶ Civ., 3^e, 17 févr. 2010, n°08-20.943, D. 2010. 653 ; D. 2011. 472, obs. B. Fauvarque-Cosson.

³⁷⁷ Cass. civ., 1^e, 25 nov. n°19-21.060, P+B+I, Juris Data n°2020-019227, JCP G, n°51, 14 déc. 2020, 1409, obs. M. Mekki ; D. 2021, p. 114, obs. S. Tisseyre.

³⁷⁸ En l'espèce, un couple a conclu le 15 juin 2017 un contrat d'hébergement auprès de la société Chaîne thermale du soleil entre le 30 septembre et le 22 octobre 2017. Le prix de la prestation est intégralement payé le 30 septembre 2017. Le 4 octobre, l'époux est hospitalisé en urgence ce qui oblige son épouse à quitter l'appartement le 8 octobre. Le couple invoque un cas de force majeure l'ayant empêché de profiter de la prestation jusqu'au terme convenu et réclame la résolution du contrat ainsi qu'une « indemnisation ». Le tribunal d'instance a accueilli les prétentions du couple, a ordonné la résiliation du contrat à compter du 9 octobre 2017 et a accordé la restitution d'une partie des sommes perçues. Un pourvoi est formé par la société qui considère que « si la force majeure permet au débiteur d'une obligation contractuelle d'échapper à sa responsabilité et d'obtenir la résolution du contrat, c'est à la condition qu'elle empêche l'exécution de sa propre obligation ; qu'en retenant que l'état de santé de M. X était constitutif d'une situation de force majeure de nature à justifier la résolution du contrat et la condamnation de la société à lui reverser les sommes perçues, quand ces difficultés de santé ne l'empêchaient aucunement d'exécuter l'obligation dont il était débiteur, mais uniquement de profiter de la prestation dont il était créancier, le tribunal d'instance a violé l'article 1218 du Code civil. La Cour de cassation, au visa de l'article 1218 alinéa 1 du Code civil, casse le jugement de première instance aux motifs qu'il résulte de l'article visé que « le créancier qui n'a pu profiter de la prestation à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat en invoquant la force majeure ». Elle poursuit en jugeant qu'il « résultait de ses constatations que M. et Mme X avaient exécuté leur obligation en s'acquittant du prix du séjour, et qu'ils avaient seulement été empêchés de profiter de la prestation dont ils étaient créanciers » par conséquent le tribunal a violé le texte susvisé.

l'impératif de sécurité juridique et la force obligatoire du contrat, puisque seul le consentement mutuel peut dénouer ce qu'il a noué.

46. En examinant les conditions d'admission et de caractérisation de la théorie de l'imprévision, il ressort que le législateur a procédé à un subtil compromis des impératifs de liberté, de sécurité juridique, de justice, de loyauté et de solidarité. Le contrat est par nature la chose des parties. Elles sont considérées comme les meilleurs gardiens de leurs propres intérêts. Le dispositif légal qui organise le régime de l'imprévision donne la possibilité aux parties de l'exclure en faisant supporter à un contractant le risque d'imprévision. Autant les parties sont libres d'anticiper sur l'imprévision au moyen de clauses de variation et celles de *hardship*, autant la liberté leur est reconnue d'exclure carrément le dispositif légal qui permet de remédier à l'imprévision. De plus, le traitement de l'imprévision est d'abord conventionnel, avant d'être judiciaire. Même lorsque les parties n'ont pas prévu de clause d'acceptation du risque d'imprévision, l'intervention du juge peut être évitée par une renégociation amiable entre les parties. En cas d'échec ou de refus de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent. En articulant la Covid-19 avec la théorie de l'imprévision, il a été montré la possibilité qu'a un contractant d'invoquer ce mécanisme pour faire face aux difficultés d'exécution du contrat causées par la pandémie³⁷⁹. Cependant, cela paraît très peu probable en pratique. S'agissant par exemple du bail commercial, une doctrine soutient l'inadaptation du mécanisme de l'imprévision à régler le sort des loyers en temps de crise³⁸⁰. D'abord, le contrat de bail est régi par un statut spécial comportant déjà des mécanismes de révision du loyer et de la destination. Les dispositions générales de l'article 1195 du code civil devaient être écartées au profit des règles spéciales du statut des baux commerciaux, dès lors que ce statut prévoit

³⁷⁹ Supra n°24.

³⁸⁰F. Kendérian, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la covid-19 », op. cit., n° 16 ; L. Vogel et J. Vogel, « Possibilités, limites et exclusions du recours à l'imprévision dans la crise du covid-19 », AJ Contrat 2020, p. 275.

de nombreuses dispositions particulières sur la révision du contrat de bail (révision triennale, clause d'indexation). Ensuite, le texte de l'article 1195 du Code civil n'est pas d'ordre public, si bien qu'il est parfaitement possible d'y déroger. Enfin, le dispositif de l'article 1195 ne paraît pas être un dispositif adapté aux crises sanitaires. L'imprévision est d'abord et avant tout un mécanisme de renégociation du contrat pour l'avenir. Celui qui l'invoque doit continuer à exécuter ses obligations pendant tout le processus de renégociation, car l'imprévision n'a pas d'effet suspensif. S'il se fonde sur l'article 1195, le locataire qui estime que son loyer est devenu excessivement onéreux du fait de la crise, ne peut que demander une renégociation du bail, tout en restant tenu, durant celle-ci, de payer les loyers afférents à la période de fermeture. En outre, en cas de désaccord, le locataire serait tenu de saisir le juge pour obtenir la révision, voire la résiliation du contrat, ce qui implique une incertitude et une lenteur incompatibles avec la situation.

47. Au total, il convient de retenir que les outils d'expression du solidarisme contractuel ne sont pas aussi sécurisants et appropriés pour les contractants qui subissent les effets négatifs de la crise sanitaire. Leur absolutisme n'est pas avéré. Ils sont encadrés et régulés pour éviter de sacrifier sur l'autel du solidarisme contractuel les impératifs de liberté, de sécurité juridique, d'efficacité économique. La politique juridique qui ressort de l'analyse du droit positif des contrats est celle de la recherche de la mesure, du maintien d'un juste équilibre entre les différents intérêts en présence. Le sens de la mesure doit et devrait être le critère qui guide l'interprétation, l'application des règles du solidarisme contractuel et la conception de cette doctrine.

B. Le sens de la mesure dans le regain de faveur du solidarisme contractuel

48. La vague de solidarisme contractuel imposée par les circonstances dues à la survenance de la Covid-19 qui se développe doit être canalisée et orientée dans le sens de ne permettre que la sanction et la neutralisation des seuls

déséquilibres contractuels les plus inadmissibles, les situations contractuelles de crise les plus inacceptables. Le sens de la mesure doit et devrait guider l'interprétation et l'application des règles du solidarisme (1) ainsi que la conception de cette doctrine (2). Le juge de la cour de cassation a toujours su faire preuve du sens de la mesure dans l'existence et l'exercice du pouvoir qui le conduit à modifier l'économie générale du contrat ou à réviser l'équilibre économique des prestations contractuelles³⁸¹.

1. L'interprétation et l'application mesurées des règles du solidarisme contractuel

49. Certains arrêts rendus par la Cour de cassation avant la réforme française du droit des contrats du 10 février 2016 illustrent le sens de la mesure dont le juge suprême avait toujours su faire montre lorsqu'il s'immisce dans le contrat. Ces arrêts peuvent bien servir *mutatis mutandis* d'exemple aux juges actuels en cette période difficile marquée par la pandémie de la Covid-19.

50. A une époque où le principe de l'intangibilité du contrat était encore appréhendé comme un dogme, une loi votée le 9 juillet 1975 avait ajouté un alinéa 2 à l'article 1152 du Code civil lequel accordait au juge le pouvoir de réviser les clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires. Certains auteurs avaient prédit non seulement « la mort »³⁸² de la clause pénale, mais aussi « la remise en cause »³⁸³ du principe de la force obligatoire du contrat « battu en brèche » par cette loi. L'examen de la jurisprudence révèle plutôt que le pouvoir de modération octroyé au juge par la loi précitée n'a pas eu les effets redoutés. Ce pouvoir est exercé par le juge, grâce au contrôle vigilant de la Cour de

³⁸¹ D. Mazeaud, « Le juge et le contrat : Variations optimistes sur un couple « illégitime » », Mélanges J. L. Aubert, Dalloz, 2005, p. 239, n°8.

³⁸² B. Boubli, « La mort de la clause pénale ou le déclin du principe de l'autonomie de la volonté », Journ. not., 1976, 1, 945 ; Y. Letartre, « Requiem pour une clause pénale », RJ com. 1978, 101.

³⁸³ F. Chabas, « La réforme de la clause pénale », D. 1976, chron., p. 229 et s.

cassation avec mesure et sagesse³⁸⁴. Selon la Cour de cassation, le principe est celui de l'intangibilité de la peine privée fixée forfaitairement par les parties, l'exception est l'ingérence du juge pour supprimer l'excès manifeste, le déséquilibre significatif. D'abord, le juge suprême avait décidé de l'impossibilité pour le juge du fond de réviser des peines simplement supérieures au préjudice contractuel réellement subi par le créancier, faute d'excès manifeste, de disproportion entre le montant de la peine et celui du préjudice, le pouvoir d'équité du juge est dès lors neutralisé³⁸⁵. Ensuite, l'exigence d'une motivation renforcée lorsque le juge modère la peine contractuelle, en vertu de son pouvoir exceptionnel. Cette exigence est écartée lorsqu'il refuse de réviser la clause puisque, il applique purement et simplement dans ce cas la loi contractuelle³⁸⁶. Enfin, le juge qui exerce son pouvoir de révision peut maintenir une peine tout en supprimant l'excès³⁸⁷. Son rôle consiste alors, en application de l'alinéa 2 de l'article 1152 du Code civil, à lutter contre l'injustice contractuelle qui se cristallise dans l'excès, et non pas anéantir la liberté contractuelle qui s'incarne dans la clause.

Après l'adoption de la loi de 1975, certains auteurs avaient suggéré pour des raisons tenant à l'exigence de justice contractuelle l'interprétation large du champ d'application du pouvoir judiciaire de révision³⁸⁸. En effet, « l'intérêt de ce texte résidait dans le pouvoir donné au juge de restaurer l'équilibre contractuel disproportionnellement rompu par toutes les clauses qui prévoient le paiement d'une somme d'argent de nature indemnitaire lors de l'exécution du contrat ». Le juge était donc invité à réviser toutes les clauses de dommages-intérêts manifestement excessives, non seulement les clauses pénales proprement dites, mais aussi les clauses de dédit et les indemnités d'immobilisation, compensatrice

³⁸⁴ D. Mazeaud, « Le juge et le contrat : Variations optimistes sur un couple « illégitime » », op. cit., p. 240, n°9.

³⁸⁵ V. Ch. mixte, 20 janv. 1978, RTD civ., 1978, 377, obs. G. Cornu.

³⁸⁶ V. Civ. 1^{re}, 23 févr. 1982, RTD civ. 1982, 603, obs. F. Chabas.

³⁸⁷ Com., 23 janv. 1979, Bull. civ. IV, n°30.

³⁸⁸ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, T. 223.

de non-concurrence, de remboursement anticipée, contractuelle de licenciement etc. La Cour de cassation n'a pas suivi cette approche et a toujours cantonné le pouvoir de révision institué par la loi précitée aux seules clauses répondant à la qualification de clause pénale.

51. Le sens de la mesure du juge s'est aussi manifesté dans l'usage du devoir de bonne foi prévu à l'alinéa 3 du Code civil. La bonne foi, comme indiqué dans ce qui précède, apparaît comme le « moyen de faire pénétrer la règle morale dans le droit positif »³⁸⁹ ou encore comme une véritable « variable traditionnelle d'ajustement de l'équilibre contractuel »³⁹⁰. On sait la méfiance que le devoir de loyauté suscite, il est suspecté de servir d'alibi à l'intervention intempestive du juge dans le contrat. La vision moraliste du rapport contractuel qu'elle pourrait entraîner met à mal les impératifs de prévisibilité et de stabilité contractuelles³⁹¹. En somme, la bonne foi serait le cheval de Troie par lequel le juge pénétrerait dans le contrat pour en modifier la lettre et bouleverser les prévisions contractuelles. Pourtant, à bien regarder, le paysage jurisprudentiel, il en ressort que l'exigence de loyauté est maniée avec prudence, modération et mesure. Quelques solutions jurisprudentielles prises ici et là illustrent le sens de la mesure qui caractérise l'usage par le juge de ce concept.

Premièrement, le pouvoir modérateur du juge, fondé sur l'exigence de bonne foi, lui permet de réduire les honoraires des mandataires, des agents d'affaires et des membres des professions libérales. Outre que ce pouvoir modérateur suppose une rémunération excessive, autrement dit disproportionnée par rapport au service effectivement rendu, la révision est exclue quand « son montant résulte d'une convention conclue après service rendu »³⁹², voire « encore lorsque, même fixé auparavant, il a été versé en connaissance du travail

³⁸⁹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n°597.

³⁹⁰ J. Cédras, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », extrait de la deuxième partie du rapport annuel de 2003 de la Cour de cassation.

³⁹¹ D. Mazeaud, « Le juge et le contrat : Variations optimistes sur un couple « illégitime » », op. cit., p. 247, n°16.

³⁹² En ce sens, Civ., 1^{re}, 4 avril 1997, Defrénois, 1997, 1433, obs. A. Bénabent ; RTD civ. 1997, 373, obs. J. Mestre.

effectué et après service fait »³⁹³. Ainsi, le pouvoir de révision du juge fondé sur le devoir de bonne foi ne le conduit pas à lutter systématiquement contre le déséquilibre contractuel mais consiste à sanctionner la mauvaise foi du créancier qui impose un prix excessif alors que son cocontractant se trouve dans l'incapacité d'en évaluer le montant.

Deuxièmement, le juge, au nom de la bonne foi, contrôle les cautionnements disproportionnés, soit en retenant la responsabilité d'une banque qui demande un aval « sans aucun rapport avec le patrimoine et les revenus de l'avaliste »³⁹⁴, soit en prononçant la déchéance du créancier qui a eu un comportement déloyal³⁹⁵. L'examen des arrêts rendus sur le fondement du droit commun permet de constater le sens de la mesure du juge. Ce dernier ne sanctionne que des cautionnements « manifestement disproportionnés »³⁹⁶. La « disproportion manifeste » est celle qui est flagrante, évidente pour un professionnel raisonnablement diligent et ne peut par conséquent résulter du fait que le montant du cautionnement excède la valeur du patrimoine de caution. Outre ce critère objectif, il existe un critère d'ordre subjectif par lequel le créancier qui est sanctionné, doit disposer d'informations sur les revenus, le patrimoine et les facultés de remboursement prévisibles en fonction du succès escompté de l'opération, ignorées par le débiteur garant³⁹⁷. Aussi, peut-on considérer que l'ingérence du juge en matière de cautionnement repose sur l'existence d'une

³⁹³ A. Bénabent, obs. préc.

³⁹⁴ Com., 17 juin 1997 (arrêt Macron), Defrénois, 1997, 1424, obs. L. Aynès ; JCP E, 1997. II. 1007, note D. Legeais ; RTD civ. 1998, 157, obs. P. Crocq ; RTD com., 1997, 662, obs. R. Cabrillac.

³⁹⁵ Com., 8 oct. 2002, D. 2003, 414, note Koering ; Defrénois, 2003, 411, obs. Ph. Théry et 456, note S. Piédelièvre ; JCP E, 2002, 1730, obs. D. Legeais ; JCP 2003. II. 10017, obs. Y. Picod ; Com. 25 mars 2003, RD bancaire et financier, juill.-août 2003, n°135, obs. D. Legeais ; 11 juin 2003, Banque et droit 2004, p. 61, note F. Jacob ; Civ. 1^{re}, 9 juill. 2003 ; JCP 2003. II. 10167, obs. J. Casey.

³⁹⁶ D. Mazeaud, « Le juge et le contrat : Variations optimistes sur un couple « illégitime » », op. cit., p. 248.

³⁹⁷ En ce sens, Com. 17 déc. 2003, RLDC 2004/3, n°104, obs. G. Marraud des Grottes.

disproportion manifeste et vise uniquement à supprimer l'excès qui affecte l'engagement de la caution³⁹⁸.

Troisièmement, un arrêt rendu le 10 juillet 2007 par la chambre commerciale de la Cour de cassation française pose la solution suivante : « La règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, mais elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et des obligations légalement convenus entre les parties »³⁹⁹. Autrement dit, la mauvaise foi du créancier ne permet pas au juge de réviser le contenu obligationnel du contrat. Par cet arrêt, la Cour entend manifestement cantonner restrictivement la portée de l'exigence de bonne foi, édictée par l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, et canaliser rigoureusement les pouvoirs du juge fondés sur ce texte⁴⁰⁰. La bonne foi, symbole du solidarisme, est mise à l'épreuve par cet arrêt⁴⁰¹. L'intangibilité et la force obligatoire du contrat interdisent au juge de procéder à sa révision bien que le créancier soit de mauvaise foi. Dans l'hypothèse d'une mauvaise foi du créancier, le juge est seulement investi, d'un simple pouvoir de sanction du comportement de celui-ci. Même de mauvaise foi, le créancier peut obtenir le paiement de sa créance, telle qu'elle avait été conçue lors de la conclusion du contrat ; sa déloyauté ne peut exercer aucune influence sur l'existence et la substance de ses droits engendrés par le contrat, car le principe de la force obligatoire du contrat canalise les pouvoirs du juge fondés sur le devoir de bonne foi.

52. Du sens de la mesure qui guide les quelques solutions jurisprudentielles précédemment rappelées, il convient tout aussi d'esquisser une conception modérée du solidarisme contractuel.

³⁹⁸ D. Mazeaud, « Le juge et le contrat : Variations optimistes sur un couple « illégitime » », op. cit., p. 249.

³⁹⁹ Cass. com., 10 juillet, 2007, Bull. civ. IV, n°188, RDC 2007-4, p. 1107, obs. L. Aynès et p. 1110, obs. D. Mazeaud.

⁴⁰⁰ D. Mazeaud, obs. préc.

⁴⁰¹ M. Mekki, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », op. cit., n°14.

2. La conception modérée du solidarisme contractuel

53. Le solidarisme contractuel fait l'objet de vives critiques⁴⁰². Premièrement, il est reproché à ce courant de pensée de promouvoir le moralisme et le sentimentalisme contractuel. Il reposerait sur une appréhension angélique, charitable, imprégnée de solidarité et de fraternité, et sur une vision de l'homme, idéalisée. Le solidarisme porterait atteinte à la fonction du contrat, aux impératifs de liberté, de sécurité juridique et de prévisibilité. Or, le contrat repose avant tout sur un « antagonisme d'intérêts » et doit permettre tout simplement de faire « de bonnes affaires ». Deuxièmement, il est reproché aux solidaristes de promouvoir la judiciarisation du contrat en le livrant « pieds et poings liés au juge, investi du pouvoir d'imposer sa vision personnelle de l'équilibre et du contrat »⁴⁰³. A ces critiques, il convient de préciser comme l'a indiqué un des promoteurs de ce courant de pensée que le « projet solidariste n'a jamais consisté à livrer le contrat pieds et poings liés au juge »⁴⁰⁴. Il ne s'agit pas de promouvoir une immixtion généralisée du juge dans le contrat, une judiciarisation systématique du contrat, mais par le truchement du devoir de bonne foi de lutter contre les déséquilibres contractuels significatifs et les injustices les plus inadmissibles. Lorsque le contrat est le produit d'une inégalité économique et d'une liberté unilatérale qui se déploie tant au stade de la formation du contrat qu'à celui de son exécution, il y a lieu de faire intervenir le juge pour sanctionner soit des abus et des excès de pouvoir, soit pour éviter la disparition économique d'un contractant qui est souvent dépendant de l'autre.

⁴⁰² V. Y Lequette, « Le bilan des solidarismes contractuels », Mélanges à Paul Didier, 2008, p. 247 ; « Retour sur le solidarisme : Le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser, Lexis Nexis, Dalloz, 2012, p. 879 ; « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *Le solidarisme contractuel* s/dir. De L. Grynbaum et M. Nicod, Paris, Economica, 2004, p. 159.

⁴⁰³ V. D. Mazeaud, « La bataille du solidarisme contractuel : Du feu, des cendres, des braises... », op. cit., p. 915, n°13.

⁴⁰⁴ Ibid.

Le solidarisme contractuel n'a pas pour ambition de modifier de fond en comble les fondations, les piliers sur lesquels était fondé le droit des contrats, mais de proposer une lecture moins étreinte et rigide des règles qui irriguent le droit des contrats. Cette doctrine, qui part du postulat selon lequel « entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit »⁴⁰⁵, adopte une vue opposée à l'école de l'autonomie de la volonté : « Pour elle, la liberté postule l'égalité des parties, or celles-ci sont bien souvent de facto inégales. Le contrat n'est donc pas librement formé et sa force obligatoire doit être assouplie au bénéfice du plus faible. Entendu comme l'union des cocontractants en vue d'atteindre un but commun, le solidarisme contractuel implique un certain altruisme de l'un, qui doit prendre en considération, voire en charge, les intérêts de l'autre, lui consentant au besoin quelques sacrifices »⁴⁰⁶. Le contrat serait dès lors la conjonction d'intérêts convergents entre cocontractants en vue de la réalisation d'un but commun.

La vérité est que depuis, deux siècles, la liberté, l'égalité et la stabilité contractuelle constituent les mamelles du modèle contractuel français et celui de beaucoup de pays comme ceux africains. L'adage qui a prévalu, dans la doctrine contractualiste, était, puisque les parties sont irréfragablement présumées être les meilleurs juges de leurs propres intérêts, « En contrat, trompe qui peut ! ». Siècle de l'individualisme, le contrat était appréhendé, sinon comme un combat entre des intérêts contraires. Aujourd'hui, il est de nécessité impérieuse d'accorder aussi une importance accrue à d'autres impératifs comme la loyauté, l'équité, l'équilibre, la coopération etc. Les impératifs de liberté, de prévisibilité, de sécurité et de stabilité contractuelles doivent composer avec les exigences

⁴⁰⁵ Formule de Henri Lacordaire : <https://www.histoire-en-citations.fr/citations/lacordaire-sachent-donc-ceux-qui-l-ignorent-sachent>.

⁴⁰⁶ J. Cédras, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », extrait de la deuxième partie du rapport annuel de 2003 de la Cour de cassation. Dans le même sens, C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », op. cit., p. 442 ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., p. 633.

d'équité, de loyauté, de proportionnalité, de cohérence et de solidarité dans une alliance harmonieuse et équilibrée. En effet, trop de solidarisme au détriment des impératifs de liberté et de sécurité peut virer au moralisme et au sentimentalisme. Aussi, trop de liberté et d'individualisme au détriment de la loyauté et de l'équité peuvent conduire au libertinage et à l'égoïsme.

54. En somme, la conception modérée du solidarisme contractuel plaide pour une approche plus exigeante de la morale contractuelle, plus humaine et civilisée du rapport contractuel, sans toutefois faire du contrat une œuvre de charité, où les sentiments prendraient largement le dessus sur les intérêts et les « bonnes affaires ».

En cette période de Covid-19, les parties à la relation contractuelle doivent cultiver le bon sens, la patience, la compréhension mutuelle, la collaboration, sans pour autant oublier leurs intérêts.



AFDD