



LA NOUVEAUTE CONTRACTUELLE : ENTRE LIBERTE ET INTANGIBILITE

J. Jean-Louis CORREA et Lamine BADJI

Université Numérique Cheikh Hamidou KANE

Résumé :

Les défis posés par la nouveauté contractuelle, notamment face à l'idée d'une complétude du code des obligations civiles, sont réels. Bien que séduisante, cette complétude est mise à l'épreuve par des situations contractuelles inédites, exigeant une vigilance constante de l'interprète pour éviter le déni de justice. L'innovation dans les pratiques contractuelles révèle des limites des cadres juridiques traditionnels. Ces nouveaux contrats, souvent en dehors des catégories codifiées, remettent en question la rigidité du droit positif sénégalais. L'étude propose d'adapter les règles existantes aux évolutions du phénomène contractuel pour une meilleure réception des pratiques modernes. Elle plaide pour une ouverture du droit des contrats, dans le respect des principes fondamentaux. Cela nécessite une réflexion sur la gouvernance contractuelle et le rôle du juge face à des situations non prévues par la loi.

Mots clés : Nouveauté contractuelle, Contrats innommés, Droit positif, Gouvernance contractuelle, flexibilisation.

Abstract:

The challenges posed by contractual innovation, particularly regarding the idea of the completeness of the Civil Obligations Code, are significant. While appealing, this completeness is tested by unprecedented contractual situations, requiring constant vigilance from interpreters to avoid denial of justice. Innovation in contractual practices exposes the limitations of traditional legal frameworks. These new contracts, often outside codified categories, challenge the rigidity of Senegalese positive law. The study suggests adapting existing rules to the evolution of contractual phenomena for better integration of modern practices. It advocates for opening up contract law while respecting fundamental principles. This requires a reflection on contractual governance and the role of judges in addressing situations not foreseen by the law.

Keywords: Contractual innovation, Unnamed contracts, Positive law, Contractual governance, Flexibility.



Il est possible de penser, dans un système de droit civiliste, que le code civil, en tant que recueil de prévisions normatives systématisées, postule à une certaine complétude¹. Pour séduisante que soit cette idée, la pratique contractuelle quotidienne relève des situations illustrant la délicate soutenabilité d'un tel énoncé théorique, appelant de l'interprète une position de vigie permanente afin d'éviter le déni de justice².

En rapport avec le contrat, la difficulté principale réside dans la plasticité de la matière qu'elle tient de ses fondements principiels. Construite à partir de la théorie de l'autonomie de la volonté et son corollaire la liberté contractuelle³, le droit des contrats permet de déjouer les prévisions forgées dans la plus grande obligatorité, dans les limites extrêmes de l'ordre public et des bonnes mœurs. La nouveauté contractuelle, placée entre la liberté et l'intangibilité, défie les lieux communs⁴ »

Plusieurs situations illustrent cette tension que traverse la discipline, parmi lesquelles l'innommé contractuel fait figure d'icône, même s'il n'en épuise pas l'énumération⁵. L'innommé renvoie à cette catégorie juridique qui n'a reçu de la loi ni dénomination spéciale ni réglementation propre et qui n'épouse aucune figure juridique particulière⁶. Il s'agit de conventions *sui generis* élaborées en dehors des catégories consacrées par la loi⁷.

¹ F.-F. STONE, « Les cas non prévus par le droit en vigueur », *In Mélanges dédiés à Gabriel MARTY*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1978, p. 1077 ; J.-M. NZOUANKEU, « Faut-il codifier le droit en Afrique ? », *Revue française d'administration publique*, 1997, n° 82 : *Faut-il codifier le droit ? Expériences comparées*, pp. 323-329 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 13e édit., 2022, spéc. pp. 40-41.

² F.-F. STONE, *ibid.*

³ Le Code des obligations civiles et commerciales fixe ces règles aux termes de ses dispositions respectives des articles 41 et 42. Aux termes de l'article 41, « Aucune forme n'est requise pour la formation du contrat, sous réserve des dispositions exigeant un écrit ou d'autres formalités pour la validité d'un contrat déterminé ». Aux termes de l'article 42, « Libres de contracter ou de ne pas contracter, d'adopter toute espèce de clauses de modalités, les parties ne peuvent cependant porter atteinte par conventions particulières à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ».

⁴ G. CHANTEPIE, « Les lieux communs contractuels », *Droit et Littérature*, 2024, n°8, pp. 71-86.

⁵ D. GRILLET-PONTON, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé », *D.*, 2000, p. 331 ; P. FRÉCHETTE, « La qualification des contrats : aspects pratiques », *Les Cahiers de droit*, 2010, 51 (2), pp. 401-417. (<https://doi.org/10.7202/045635ar>)

⁶ À ce sujet, le doyen Philippe REMY, en parlant des contrats innommés, a affirmé que « cette rubrique semble avoir trois catégories : 1° accueillir les contrats qui entrent malaisément dans les catégories classiques ; 2° rendre compte de questions pour lesquelles le rattachement du contrat examiné à une qualification quelconque est à peu près différent... – On a là les symptômes formels de trois phénomènes : les difficultés de rattachement des nouvelles figures contractuelles aux qualifications classiques ; l'inutilité d'un tel rattachement pour la détermination du régime de beaucoup de contrats... ». Ceci n'est qu'un exemple : le doyen REMY a fait état de beaucoup d'autres situations juridiques que la jurisprudence a pu traiter ». P. REMY, « La jurisprudence des contrats spéciaux, quarante ans de chroniques de la Revue Trimestrielle de Droit Civil », in « L'évolution contemporaine du Droit des contrats », Journées René SAVATIER, Poitiers, 24-25 octobre 1985, Paris, PUF, Publication de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, p. 106.

⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, QUADRIGE, 10^e édit., 2014, pp. 549-550.



L'absence de consensus de la doctrine sur le sens précis de l'innommé renseigne sur les ressorts multiples de la notion⁸. Dans tout système contractuel ouvert, le développement de l'innommé constitue une donnée constante, car il traduit une aspiration à la liberté⁹ que la diversité des contrats tend à prouver¹⁰. « La pratique est heureusement imaginative », elle façonne des contrats. Dès lors, « les figures contractuelles sont bien plus nombreuses que ce que le code prévoit avec parcimonie¹¹ »

En droit sénégalais, c'est le Code des obligations civiles et commerciales (COCC) qui offre une première vue d'ensemble des contrats en procédant à une classification générale aux articles 43 à 46¹². Il existe d'autres classifications que le COCC n'a cependant pas consacrées textuellement¹³. Ces catégories de contrats ne sont pas intangibles dans la mesure où la réalité contractuelle montre à suffisance que les classifications proposées ne sont pas exclusives¹⁴.

Mais en dehors de l'innommé, des créations contractuelles innovantes mettent à l'épreuve les prévisions légales. La spécialisation de l'économie autour des ressources fossiles et le développement du numérique favorisent des conventions dont les techniques sont ignorées d'un code centenaire comme le COCC. Les contrats de partage de production¹⁵, le contrat

⁸J.-P. DOUCET, « Introduction à une classification générale des contrats », https://ledroitcriminel.fr/la_sciences_criminelle/articles/classification_contrats.htm, consulté le 28 décembre 2024.

⁹D. GRILLET-PONTON, *ibid.*

¹⁰Voir, J.-L. AUBERT, F.-C. DUTILLEUL, *Le contrat, Droit des obligations*, Paris, Dalloz, 5e édit., 2017, p. 27.

¹¹M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Précis droit d'auteur et droits voisins*, Paris, Dalloz, 2024, 1636 p., pp. 937-964.

¹²Le législateur sénégalais consacre la distinction entre les contrats unilatéraux et les contrats réciproques, entre les contrats à titre onéreux et les contrats à titre gratuit, entre les contrats commutatifs et les contrats aléatoires, et enfin entre les contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successive.

¹³Il en est ainsi de la distinction entre les contrats consensuels, les contrats solennels et les contrats réels ; la distinction entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion, entre les contrats-cadres et les contrats d'application, entre les contrats nommés et les contrats innommés. Ces classifications ont cependant été faites par le Code civil français et essentiellement depuis la réforme de 2016. Le COCC n'a quant à lui pas encore fait l'objet de réforme. La deuxième partie du Code des obligations civiles et commerciales consacre les divers contrats spéciaux afin de prévoir la réglementation spécifique à chacun d'eux. On peut citer, entre autres, le contrat de vente, le contrat d'entreprise, le contrat de mandat, etc. D'innombrables formes de contrat existent également en dehors du COCC. Il en est ainsi du contrat de société, du contrat de travail, du contrat d'assurance.

¹⁴Voir, F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les Obligations*, Paris, Dalloz, 13^e édit., 2022, p. 85 ; M.-N. DIATTA, *Le juge et le contrat : étude comparative en droits français et sénégalais*, Thèse Université de Perpignan via Domitia, 2 décembre 2022, Dir. Christophe JUHEL, pp. 9 et s.

¹⁵Article 2 du Code pétrolier du Sénégal (Loi n° 2009-03 du 1er février 2019 portant code pétrolier). Cette disposition, en son point 11, définit ce type d'accord comme il suit : « Accord de volonté conclu entre l'État et le contractant par lequel le contractant s'engage à réaliser, au nom et pour le compte de l'État, des activités sur une zone donnée, à ses risques et frais financiers et techniques exclusifs. Il lui est délivré des titres miniers nécessaires aux opérations pétrolières. Il reçoit en rémunération une partie de la production issue de tout gisement commercial d'hydrocarbures situé à l'intérieur de chaque zone d'exploitation et pour lequel une autorisation d'exploitation lui a été délivrée. Suivant le cas, le contrat de partage de production peut prendre la forme d'un contrat d'exploration et de partage de production ou d'un contrat d'exploitation et de partage de production ».



d'unitisation¹⁶, les contrats portant sur des actifs numériques¹⁷, les *smart contracts*¹⁸, illustrent parfaitement la vivacité de figures contractuelles construites en dehors du code.

Dans un système de droit civiliste, les catégories contractuelles sont élaborées pour être des cadres réceptifs de formules contractuelles connues et nommées. La nomenclature y constitue ainsi un habitacle tendant à conférer un certain universalisme aux concepts nommés, au détriment de toute autre réalité¹⁹. Il est dès lors évident que les opérations contractuelles nouvelles, analysées sous le prisme du droit positif des contrats, posent de véritables difficultés de réception juridique. Cet état de fait est souvent source de complexité, même si le doute est admis relativement à la légitimité du droit des contrats à interroger la complexité²⁰. L'objectif de cette réflexion n'est pas à proprement parler d'interroger la notion de complexité *per se*, mais d'exposer le phénomène de la nouveauté contractuelle et ses incidences sur le traitement juridique que le droit des contrats peut réserver aux opérations contractuelles inédites.

Pour des raisons de prévisibilité juridique, le droit consacre des catégories juridiques qui érigent des règles régissant les situations rangées dans lesdites catégories²¹. Ces catégories contractuelles ne peuvent pas à elles seules répondre aux besoins de la pratique des affaires et

¹⁶ Aux termes de l'article 42 du décret n°2020-2061 du 27 octobre 2020 fixant les modalités d'application de la loi n° 2019-03 du 1er février 2019 portant code pétrolier, «Lorsque les limites d'un gisement commercial se trouvent à cheval sur plusieurs autorisations d'explorations, les titulaires concernés, après attribution à chacun d'entre eux d'une autorisation exclusive d'exploitation sur la partie du gisement situé dans la zone contractuelle faisant antérieurement l'objet de leur autorisation d'exploration, signe un accord d'unitisation pour le développement et l'exploitation commune.» Par exemple, on peut citer le contrat entre le Sénégal et la Mauritanie pour l'exploitation du GTA. V. les articles 42 à 46 du décret n°2020-2061 précité.

¹⁷ « Si les opérations de transferts dont l'actif numérique est l'objet sont avant tout des transactions numériques réalisées à partir de la blockchain, elles peuvent s'inscrire dans le cadre de contrats civils et commerciaux classiques (vente, donation, apport, mise en garantie...) ». Voir, S. LEQUETTE, *Droit du numérique*, Paris, LGDJ, 2024, 858 p., spéc. p. 649 ; M. MEKKI, « Actifs numériques », *Répertoire de droit commercial*, janvier 2024, n° 53 ; V. SERFATY, « Réflexions sur la nature juridique du NFT et son rapport à l'œuvre de l'esprit », *D. IP/IT*, 2023, p. 77, II, A., M.-H. FABIANI, « NFT, métavers et « méta propriété intellectuelle », *Gazette du Palais*, n° 8, 8 mars 2022.

¹⁸ G. CHANTEPIE, « Claire LEVENEUR, Les *smarts contracts*. Étude de droit des contrats à l'aune de la Blockchain » *RTD Civ.*, 2024, p. 527, B. DONDERO, « Les *smart contracts* », in *Le Droit civil à l'ère du numérique, La semaine juridique, LexisNexis SA*, déc. 2017, p. 19 ; M. MEKKI, « Le contrat, objet des smart contracts », in, S. PREVOST, E. ERWAN, *La blockchain*, Paris, Dalloz, édit., 2020, pp. 68 et s - 97 et s. ; J.-C. RODA, « *Smart contracts*, dumb contracts ? », in S. PREVOST, E. ERWAN, *La blockchain*, Paris, Dalloz, édit., 2020, pp. 54 et s. ; D. LEGEAIS, « Les *NFT* sont-ils des actifs numériques ? », *RD bancaire et fin.*, juillet 2022, n° 4, dossier 32, n° 11.

¹⁹ D. GRILLET-PONTON, *ibid.*

²⁰ La complexité traduirait la situation dans laquelle notre épistémé n'est plus en mesure de résoudre une situation juridique pendante. Le droit des contrats, en raison de la liberté contractuelle qu'il promet, demeure très favorable au développement des opérations contractuelles nouvelles. Les règles de formation et d'exécution semblent valider la latitude reconnue aux parties de gouverner librement leurs relations contractuelles. Le contrat est la loi des parties.

²¹ J.-J.-L. CORREA, « Regard critique sur les catégories contractuelles du Code des obligations civiles et commerciales (COCC) du Sénégal », *RIDC*, 2023, n° 3, pp. 809-840.



aux exigences nouvelles du monde économique. Le caractère statique des catégories contractuelles favorise en même temps le développement de figures contractuelles inédites, en raison des besoins et de l'imagination des hommes d'affaires.

C'est tout le sens de cette étude qui ambitionne d'interroger la capacité du droit positif à accueillir la nouveauté contractuelle, entre l'impératif d'intangibilité et la promotion de la liberté contractuelle qui caractérise la matière. L'apparition de nouvelles figures contractuelles déconcerte le droit des contrats²². L'application du droit commun ou droit spécial à ces situations nouvelles n'est pas évidente. L'analyse des situations contractuelles nouvelle contrarie, par exemple, «la mise en œuvre du raisonnement syllogistique, familier au juriste, puisqu'il est impossible de subsumer certains de ces faits sous le corpus de règles juridiques inhérent aux catégories juridiques. On se retrouve en présence d'une situation originale impossible à rattacher aux catégories juridiques préexistantes à cause de l'étroitesse du cadre de reconnaissance de ces dernières²³». Pour une meilleure prise en charge des évolutions du phénomène contractuel, il convient de proposer un traitement à partir des règles préexistantes, mais qui aboutiront certainement à des solutions nouvelles parce ce relevant de situations nouvelles.

La nouveauté contractuelle questionne le droit des contrats. Si on peut être d'accord que le droit civil, donc le droit des contrats, a pour objet la chose identitaire²⁴, il n'en demeure pas moins que le degré d'ouverture incarné par l'économie permet de légitimer toute préoccupation du droit des obligations à faire face au développement des pratiques contractuelles des hommes d'affaires. En conséquence, l'objet pensé dans cette étude ne s'écarte pas foncièrement de la sociogenèse sénégalaise²⁵.

Par ailleurs, dans une dimension de prospective juridique, il faudrait, à partir des limites du droit positif des contrats face à la nouveauté, réfléchir à une meilleure prise en compte des contrats de demain. Car, « dans une nation évoluée, les échanges d'idées, de biens, de services s'intensifient. Il n'est pas possible d'en imaginer les combinaisons diverses... ; plus tard, les

²² J.-P. DOUCET, « Introduction à une classification générale des contrats », *op.cit.*

²³ E. DOS-REIS, « Réflexion théorique sur la qualification des situations hybrides en droit », in *Prolégomènes à l'étude de l'hybride*, Colloque de l'école doctorale Sciences juridiques de Grenoble sur « L'hybride en droit », 22 juin 2012.

²⁴ « De façon inéluctable, le droit civil a pour objet la chose identitaire. Il délimite dans l'espace social le domaine des préoccupations identitaires... Le confinement du droit civil à un objet identitaire ... semble plus convenir aux sociétés africaines, plus enclines à faire de la transcendance un objet naturel dans les échanges humains ». A.-A. DIOUF, « Repenser le droit civil en Afrique noire francophone », *RIDC 2-2022*, p. 372.

²⁵ Voir sur ce sujet, I.-Y. NDIAYE, A.-A. DIOUF, « L'Afrique du droit et le droit en Afrique », *Revue Sénégalaise de Droit*, N°37, août 2023, pp. 23-47.



décisions de justice ont permis de régler des situations nouvelles. Inversement, la complexité sociale ne peut s'accompagner d'une législation proliférante²⁶». La formule de Portalis est ici révélatrice et vaut pour bien des aspects de la législation de notre temps : « L'on ne simplifie pas en prévoyant tout. Les cas particuliers relèvent non de la loi, mais de la jurisprudence²⁷ ». Il faudrait donc affronter la nouveauté contractuelle afin de mieux l'appréhender. C'est aussi une façon de s'interroger sur l'intangibilité apparente du droit des contrats sénégalais contenu dans le COCC, afin de repenser la gouvernance contractuelle.

Au regard de toutes ces considérations, il est évident que la mise à l'épreuve du droit positif des contrats face à la nouveauté contractuelle (I) révèle des problèmes invitant à promouvoir une liberté beaucoup plus vaste dans le dessein d'une meilleure réception des situations contractuelles nouvelles (II).

I. La mise à l'épreuve du droit positif des contrats

Face à la nouveauté contractuelle, le recours aux règles du droit positif s'impose (A). Mais ce corps de règles interpellé révèle une forme d'inefficacité dans le traitement de ces situations (B).

A. Le recours aux règles du droit positif des contrats

L'application du droit commun (1), à défaut, du droit spécial, permet un traitement des situations contractuelles nouvelles (2).

1. L'application du droit commun du contrat

L'expression « droit commun » trouve ses origines, dans les droits de tradition civiliste, à une époque ancienne²⁸. En droit positif, la notion de droit commun n'a pas une définition légale précise. Elle est, d'ailleurs, très discutée en doctrine²⁹. Le droit commun peut désigner

²⁶ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil français*, Discours prononcé le 21 janvier 1801, Préface de Michel Massenet, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004, p. 6.

²⁷ Portalis, *ibid.*

²⁸ A ce propos, CHAZAL n'a pas hésité à faire remarquer que « la notion de droit commun, surtout dans sa formule latine *jus commune*, est auréolée du prestige de l'histoire et semble aussi ancienne que le droit lui-même », même si l'auteur conteste ce fait (Il martèle sans hésitation : « Il n'en est rien, car cette notion n'est vraiment utilisée par le droit savant qu'au XII^e siècle, d'abord en Italie, à la suite de la redécouverte de ce que les savants appelleront le *corpus juris civilis* »). J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », (Hal Id : hal-01027770, <https://science.hal-01027770>), soumis le 22 juillet 2014, p. 3. Une autre doctrine considère que « la distinction entre le droit commun et le droit spécial paraît remonter à Aristote. Le *jus commune* romain désigne avant tout le *jus gentium*, un droit commun à tous les hommes, parce que fondé sur la raison commune : le droit naturel ». « C'est ce même sens que l'on retrouve au Moyen Âge, en France, où le droit commun renvoie le plus souvent au droit romain... Le droit commun représente ainsi l'expression de la raison écrite, c'est-à-dire d'un ensemble de règles valable pour l'ensemble du Royaume... ». Voir : S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, Thèse de droit privé, Université d'Orléans, soutenue le 10 novembre 2011, Dir. Tristan AZZI, pp. 13-13.

²⁹ F. GRUA, N. CAYROL, *Méthode des études juridiques : Conseils pour le cas pratique, le commentaire, la dissertation et la note de synthèse*, Paris, Dalloz, 4^e édit., 2017, p. 28. Selon G. CORNU, *Vocabulaire juridique*,



un ensemble de règles juridiques édictées par l'État et qui sont obligatoires : il doit être appliqué lorsque toutes ses conditions d'application en sont réunies³⁰. Le droit commun est aussi le droit « banal », le droit qui n'a rien d'exceptionnel. Le droit commun serait en outre l'ensemble des règles qui ont vocation à s'appliquer à défaut de règles spéciales ou exceptionnelles ; ces règles ont vocation à s'appliquer de manière résiduelle selon une doctrine avertie³¹. Ainsi, la condition d'applicabilité des règles dites du droit commun est l'absence de règles spéciales. Il s'agit en sus d'un ensemble des règles qui sont communes à toutes les situations juridiques, comme la substruction qui sert de fondement à tous les contrats. Il est dès lors absurde de penser que le droit commun serait un droit banal, puisqu'il est le siège du droit des contrats, servant à la fois de repère et de remède au droit spécial des contrats nommés comme innommés³².

Le droit commun du contrat est cette catégorie de règles dans laquelle plusieurs situations contractuelles peuvent trouver des règles communes qui leur sont applicables. Il est synonyme de lois générales par opposition aux règles particulières. On parle parfois de droit commun du contrat pour mieux exprimer le caractère commun des règles qui le composent. Le droit commun des contrats est ainsi l'ensemble des règles juridiques à caractère général qui sont applicables à toutes opérations contractuelles. C'est le droit positif commun à tout contrat, quelle que soit sa nature ou sa spécificité. En droit sénégalais, c'est le COCC, dans sa première

op.cit., p. 206, « L'adjectif commun peut s'entendre en conséquence de plus d'une façon. Le droit commun est composé d'un ensemble de règles considérées comme générales du fait qu'elles contiennent des dispositions applicables à toutes les situations juridiques, quelles que soient leurs particularités. En outre, le droit commun renvoie, d'une part, à ce qui s'applique à toutes les espèces d'un genre, par opposition, à spécial ou particulier ; d'autre part, à ce qui s'applique en principe – sauf exception – à toutes les personnes et à toutes les affaires, par opposition à exceptionnel, résiduellement applicable à tous les cas non exceptés ». Selon le Lexique des termes juridiques, « Un lexique des termes juridiques publié aux éditions Dalloz analyse le droit commun doublement comme, au sens large, une « règle applicable à une situation juridique, ou à un rapport juridique entre des personnes physiques ou morales, quand une disposition particulière ne régit pas cette situation ou ce rapport ; au sens strict, des règles normales applicables en droit privé ; le droit civil constitue le droit commun. Une règle de droit commun est, en langage non juridique, une règle qui joue « par défaut ». Voir T. DEBARD, S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, 2022-2023, Dalloz, 31e édit., 2023, p. 403.

³⁰ N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, Dir., Michel GRIMALDI, soutenu le 9 avril 2014, p. 32.

³¹ F. GRUA, N. CAYROL, *Méthode des études de droit : Conseils pour le cas pratique, le commentaire, la dissertation et la note de synthèse*, *op.cit.* p. 28.

³² F. GRUA, N. CAYROL, *Méthode des études de droit : Conseils pour le cas pratique, le commentaire, la dissertation et la note de synthèse*, *op.cit.* pp. 28-29. François GRUA et Nicolas CAYROL, dans leurs explications de ce que c'est le droit commun, concluent qu'« il faut donc distinguer les deux sortes de droit commun. Ils ne posent pas les mêmes problèmes d'application. Le droit commun « banal » a une vocation résiduelle. Il s'applique à défaut d'autre chose. Autrement dit, le droit spécial chasse le droit commun... Au contraire, le droit commun « escalier » se superpose au droit spécial, c'est-à-dire qu'il s'applique en même temps que lui. Le problème consiste alors à concilier le droit commun avec le droit spécial. Le droit commun en ce second sens n'est pas résiduel ».



partie³³, qui en constitue la demeure. Il ne faut cependant pas confondre le droit commun avec la théorie générale des contrats³⁴. En doctrine, les deux termes sont souvent confondus³⁵.

L'applicabilité du droit commun à tous les contrats ne pose aucun problème puisque c'est, en soi, l'une de ses finalités. Le corps de règles juridiques qualifié de droit commun est dès lors un très bon recours pour assurer un encadrement juridique aux situations contractuelles nouvelles.

Le droit commun du contrat trouve normalement à s'appliquer aux situations contractuelles nouvelles dont la réglementation juridique n'est pas précisée dans le COCC, encore moins dans les autres textes prévoyant des dispositions spéciales aux contrats spéciaux³⁶. Le fondement d'une telle position se trouve dans les dispositions du COCC aux termes desquelles « les règles du droit des obligations relatives à la conclusion, aux effets et à l'extinction des contrats sont applicables, sauf dispositions contraires, à tous les contrats, conventions et actes juridiques³⁷ ». En l'absence de dispositions spécifiques pour régir une situation contractuelle, le recours le plus naturel demeure ce qui est commun à tous les contrats, à savoir le droit commun. Les situations contractuelles nouvelles qui naissent de la pratique des affaires alimentent fortuitement cette problématique. La doctrine française affirme dans ce sens que la floraison de contrats nouveaux issus de la seule pratique redonne à la théorie générale du contrat tout son intérêt puisqu'ils vivent de sa seule sève³⁸. C'est la raison pour laquelle « en l'absence de toute règle spéciale c'est d'abord dans celle-ci que les juristes puisent les réponses aux difficultés qu'ils rencontrent. Encore faut-il pour que cette théorie générale remplisse

³³ Il s'agit de la loi n° 63-62 du 1963 couvrant les règles du droit des obligations et entrée en vigueur le janvier 1967.

³⁴ Sur cette question, voir les travaux de E. SAVAUX, « La notion de théorie générale, son application en droit des contrats, Théorie générale du contrat et théorie générale des contrats spéciaux », *Petites affiches*, 28 novembre 2012, n°238, p. 4.

³⁵ Selon Éric SAVAUX, « Les civilistes français utilisent la formule « théorie générale du contrat » pour décrire les règles du Code civil ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des contrats ». La théorie générale du contrat se présente ainsi comme une très singulière théorie, car elle s'identifie à une fraction de l'ordre juridique positif là où toutes les autres théories s'en distinguent peu ou prou. E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, Paris, LGDJ, 1997, 382 p. L'auteur précise d'ailleurs que « la théorie générale du contrat se présente ainsi comme une très singulière théorie, car elle s'identifie à une fraction de l'ordre juridique positif là où toutes les autres théories s'en distinguent peu ou prou. Cette singularité apparente n'est due en réalité qu'à un emploi sans rigueur de la formule et à une confusion extrêmement répandue entre deux notions : le droit commun des contrats et la théorie générale du contrat ». Cette dernière doctrine évoque ainsi l'impertinence de la confusion entre théorie générale et droit commun du contrat. Le droit commun est composé de l'ensemble des règles de droit positif applicables à toutes les opérations ou conventions contractuelles. Contrairement, la théorie générale « est une œuvre de la science du droit prenant pour objet d'étude le contrat, et le produit de cette étude ». La théorie est une œuvre de la doctrine, là où le droit commun est une œuvre du législateur. Le droit commun à vocation à régir tous les contrats, à s'appliquer à toutes situations contractuelles, nommées, innommées, ou nouvelles soient-elles.

³⁶ Loi n° 66-70 du 13 Juillet 1966 relative aux contrats spéciaux.

³⁷ Alinéa 2 de l'article 40 COCC.

³⁸ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 13e édit., 2022, p. 35.



pleinement son office, qu'elle prenne en compte la diversité de la réalité contractuelle contemporaine³⁹ ».

Les règles contenues dans le droit commun permettent de régir toutes les situations contractuelles, quelle que soit leur nature. Dès lors, la nouveauté des situations contractuelles, confrontées au déficit de réglementation juridique spécifique, autorise le recours à des règles dites de droit commun. Les situations contractuelles issues de contrats innommés, inconnues du droit en vigueur, sont assez illustratives de cet état de fait. N'ayant pas fait l'objet de réglementation particulière ni reçu de la loi une dénomination précise, les contrats innommés relèvent fondamentalement et subsidiairement du droit commun des contrats⁴⁰. Il ne fait l'ombre d'aucun doute que le droit commun a une applicabilité évidente aux opérations contractuelles nouvelles. Il est à la fois le droit des contrats de base et le droit d'exception lorsqu'aucune règle n'est prévue pour le traitement d'une situation nouvelle.

Le droit commun du contrat est-il la solution à tout ? Il est presque possible de l'affirmer, car c'est le droit qui, en principe, est applicable à toutes situations contractuelles. Si le recours au droit commun peut être simpliste et salutaire pour le juge devant l'embarras de la nouveauté, les règles consacrées dans la première partie du COCC sont beaucoup trop rudimentaires pour saisir les complexités des situations en présence. Le recours à des règles spéciales nouvelles s'imposent⁴¹.

2. Le recours au droit spécial des contrats

Droit spécial des contrats ou droit des contrats spéciaux, l'appellation n'est pas unanime. Sans vouloir prendre part à cette controverse des moins utile, la différence d'appellation résulte d'une différence d'acception du phénomène : tantôt ce sont les contrats réglementés qui sont spéciaux, tantôt ce sont les règles applicables qui sont spéciales. La seconde appellation est, à notre sens, plus pertinente. Le droit spécial des contrats serait composé de l'ensemble des règles particulières régissant les contrats nommés pris individuellement. Il s'agit d'un ensemble de règles consacrées légalement ou relevant de la volonté des parties, destiné à régir une opération contractuelle. Les règles du droit spécial ne contredisent pas en principe le droit commun, mais coexistent avec lui et s'appliquent de façon concomitante⁴². Le droit romain a accordé plus

³⁹ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *ibid.*

⁴⁰ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op.cit.*, p. 86.

⁴¹ « Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre », disait Portalis : J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil français, op.cit.*, p. 15.

⁴² Le droit commun des contrats s'applique à tous les contrats, qu'ils soient spécifiquement régis par la loi (contrats nommés) ou non (contrats innommés). Le droit spécial des contrats vient en conséquence compléter, préciser, enrichir le droit des obligations.



d'importance au droit spécial des contrats, car dans ce droit ancien, la dichotomie contrat nommé et contrat innommé était très visible et occupait une place capitale dans l'ordre juridique contractuelle. En droit romain, le caractère obligatoire d'un contrat était assujéti au fait qu'il puisse entrer dans l'un des moules contractuels qui étaient expressément prévus ; les catégories contractuelles étaient nommées, et ce, limitativement. Du pacte nu ne naît aucune action : « *ex nudo pacto non nascitur actio*⁴³ ».

Le droit spécial des contrats spéciaux est ainsi un ensemble de règles particulières qui régissent ou s'appliquent aux contrats spéciaux et nommés. Une doctrine affirme que les contrats dits spéciaux n'ont de spécial que le corps de règles qui leur est nommément applicable ; ce ne sont donc pas tant les contrats qui sont spéciaux que les dispositions particulières qui les régissent⁴⁴. On constate par ailleurs une très grande vivacité du droit spécial des contrats dû au fait que les divers types de contrats se spécialisent davantage au point de développer une sorte de droit commun spécial des contrats spéciaux⁴⁵. C'est l'expression d'une véritable évolution du droit spécial des contrats.

En droit sénégalais, ces règles sont contenues dans la deuxième partie du COCC⁴⁶. Cette deuxième partie englobe l'ensemble des dispositions propres aux différents contrats prévus et nommés⁴⁷. Il faut aussi remarquer que le droit sénégalais des contrats spéciaux n'a pas pour siège exclusif le COCC, puisqu'il existe plusieurs autres textes spéciaux qui encadrent de manière autonome un certain nombre de contrats spéciaux. Il est ainsi du code CIMA⁴⁸ pour les assurances, le droit OHADA pour les intermédiaires de commerce et le transport de marchandises par route⁴⁹. On note un déplacement du siège de la réglementation de certains contrats spéciaux du COCC vers des réglementations et des codes nouveaux⁵⁰. Il s'agit ainsi d'un corpus juridique spécifiquement élaboré pour régir des contrats bien nommés et spéciaux.

⁴³ Sur cette question : D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, Paris, Dalloz, 13^e édit., 2022, p. 16 ; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Paris, Dalloz, 8^e édit., p. 5.

⁴⁴ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, p. 4.

⁴⁵ Plusieurs auteurs parlent ici de « théorie générale des contrats spéciaux », mais nous préférons l'expression « droit commun spécial des contrats spéciaux ».

⁴⁶ Loi n° 66-70 du 13 Juillet 1966 relative aux contrats spéciaux.

⁴⁷ Ce texte en question prévoit à ce titre la vente et les autres contrats translatifs de propriété, les contrats d'entreprise, le mandat, les intermédiaires de commerce, le dépôt, le prêt, le transport terrestre, l'assurance, les contrats aléatoires, les sociétés civiles, les associations.

⁴⁸ Conférence interafricaine des Marchés d'Assurances (Traité du 10 juillet 1992 signé à Yaoundé au Cameroun).

⁴⁹ Acte Uniforme révisé relatif au droit commercial général adopté à Lomé (Togo) le 15 décembre 2010 et publié au Journal Officiel de l'OHADA n° 21 du 15 février 2011. / Acte uniforme relatif aux contrats de transports de marchandises par route adopté à Yaoundé (Cameroun) le 22 mars 2003 et publié au Journal Officiel de l'OHADA n° 13 du 31 juillet 2003.

⁵⁰ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, *op.cit.*, p. 17.



La question est de savoir si ces règles du droit positif pourront servir de secours pour traiter les situations contractuelles nouvelles, non prévues par le droit le droit positif.

Une règle de droit spécial n'est en principe adoptée que pour une situation juridique spéciale. En conséquence, le domaine d'application du droit spécial des contrats est plus étroit que celui du droit commun. Il faut aussi reconnaître que l'application d'un droit spécial n'emporte pas extinction du droit commun des contrats. Le droit commun demeure applicable dans toutes les situations non prévues par le droit spécial. Pour autant, la question de la véritable applicabilité du droit spécial se pose. Un droit conçu pour une situation particulière peut-il s'appliquer pour régir une situation autre que celle-ci ? La réponse peut sembler délicate, mais le recours aux principes juridiques permet d'y répondre aisément. La science juridique regorge d'outils efficaces qui permettent de soumettre une situation nouvelle à un corpus juridique d'une opération juridique assimilable ⁵¹.

Il faut cependant constater que logiquement, l'application du droit spécial ne devrait pas être possible pour de nouvelles opérations en ce sens que les règles consacrées n'ont pas été fondamentalement conçues pour régir ces situations contractuelles nouvelles⁵². Il faut nécessairement des solutions alternatives pour y remédier définitivement. La pratique contractuelle n'hésite pas à façonner des contrats « sur mesure » destinés à répondre aux besoins de la complexité des opérations économiques. Inspirés de la culture ou pratique anglo-saxonne,⁵³ ces contrats reflètent toujours une nouveauté dans des pays de tradition juridique civiliste. « S'il n'est pas rare que ces contrats complexes finissent par accéder au rang de contrats nommés par la grâce d'une consécration législative..., ils soulèvent en attendant de redoutables questions de qualification et c'est à leur endroit que l'émergence d'un « droit commun des contrats spéciaux⁵⁴ » suscite les plus fortes attentes⁵⁵ ».

La mise à l'épreuve du droit positif des contrats face à la nouveauté contractuelle a révélé son absence d'efficacité dans le traitement des figures contractuelles nouvelles. Nous tenterons de mesurer cette inefficacité.

⁵¹ Cette technique renvoie à la mise en œuvre de la règle de l'analogie.

⁵² Un droit spécial n'est spécial que parce qu'il est prévu expressément pour régir une opération contractuelle bien déterminée et nommée. Il n'est donc applicable normalement que pour régir cette opération contractuelle.

⁵³ Beaucoup de formules contractuelles nouvelles ont fait leur apparition aux États-Unis d'Amérique. C'est après que ces formules contractuelles, dont les appellations anglo-saxonnes sont accueillies avec les « *ing* », pénètrent les sphères du droit civiliste comme celui du Sénégal ou celui de la France.

⁵⁴ Il s'agira d'un corps intermédiaire de règles très spéciales applicables aux contrats et qui se situerait entre le droit commun du contrat et le droit des contrats spéciaux.

⁵⁵ P. PUIG. *Contrats spéciaux, op.cit.*, p. 19.



B. L'inefficacité du droit positif dans la réception de la nouveauté contractuelle

Confronté à la nouveauté contractuelle, le droit positif manifeste une inefficacité caractérisée (1) qui révèle, en réalité, l'inconfort dans le traitement des situations contractuelles nouvelles (2), questionnant l'ordre et la sécurité juridique.

1. La caractérisation de l'inefficacité

Les règles de droit commun appelées à s'appliquer aux situations contractuelles inédites sont peu nombreuses. Dans la nature du droit commun, celle-ci offre un cadre général, une technologie primaire. Il ne propose pas de solutions spécifiques à des situations particulières. Mais en tant que technologie primaire, le droit commun offre des réponses globales à des situations préalablement identifiées. Ce constat pourrait conduire à la conclusion que la nouveauté contractuelle trouverait toujours une réponse dans le droit commun, l'interprète étant contraint par les règles de son art. Mais une telle proposition, si elle est concevable techniquement, manque de considérer le degré de spécificité de la situation contractuelle. La mesure du commun ne peut aller au spécifique, même si on ne devrait pas en déduire que le spécifique manque de mesures à sa taille.

Les contrats innommés ne manquent pas de régime juridique. Quel qu'ait été leur caractère inédit⁵⁶, une qualification dans les catégories existantes permettra de leur façonner un régime, quoique inadapté. Sauf s'il s'agit de dispositions impératives ou d'ordre public⁵⁷, le droit commun des contrats est composé de règles supplétives qui s'écartent lorsque la volonté des parties en décide autrement. Le questionnement sur les rapports entre le droit commun et le droit spécial se pose, relativement à l'identification de la part respective de chaque corps de règle dans la prise en charge de ces situations spécifiques⁵⁸.

Pour un auteur, « à l'abri de réglementations nommées parfois sclérosantes, le contrat innommé se nourrit essentiellement de la théorie générale du contrat. Mais l'universalisme de cette dernière entraîne un processus de dissociation entre l'opération de qualification et le régime juridique applicable. La loi générale embrasse, avec plus ou moins de plénitude, des

⁵⁶ Quel que soit leur caractère innommé, les situations contractuelles nouvelles restent soumises au droit commun des contrats (COCC).

⁵⁷ Caractère d'une règle à laquelle la volonté individuelle ne peut déroger. Il peut s'agir également d'un texte législatif ou réglementaire dont les dispositions d'ordre public l'emportent sur toute volonté contraire que les particuliers auraient exprimée dans un acte juridique. Le caractère impératif est une conséquence, parmi d'autres, de l'ordre public, le mot impératif peut toujours être remplacé par l'expression d'ordre public, mais la réciproque n'est pas vraie.

⁵⁸ V.-K. MBAMBI, « Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne », *Les cahiers de droit*, vol. 46, n°1-2, 2005, pp. 315-338. (<https://doi.org/10.7202/043841ar>).



familles de contrats, sinon l'ensemble d'entre elles, sous forme d'un *corpus generalis*...⁵⁹ ». G. CORNU d'ajouter que « s'il apparaissait que chaque type de contrat s'enfonce peu à peu dans son particularisme sous l'attraction de sa spécificité ou par la pesanteur de la réglementation de détails, le renforcement de la spécialisation retentirait sur la théorie générale en faisant dire que le droit commun s'étioler⁶⁰ ». Sans opposer le droit commun au droit spécial, le propos de l'auteur semble tout de même limiter l'attrait du droit spécial, au risque de voir le droit commun s'étioler. Ce qui est de nature à conforter l'inaptitude de ce corps de règles.

Ce qui conduit à considérer le recours au droit spécial comme réponse à l'inédit contractuel. *Primo*, le droit spécial est un droit de nomenclature et de prévision. Il a fait le choix d'intégrer dans des catégories différentes des situations contractuelles qui partagent des traits communs et qui dans d'autres systèmes ont reçu des qualifications distinctes⁶¹. *Deuxio*, le caractère figé de ces classifications entrave la bonne prise en compte de la nouveauté⁶². Tout droit spécial a un objet spécial. Par conséquent, il est construit en considération des types de contrats qu'il est censé régir. Vouloir soumettre au droit spécial, par le jeu de l'analogie ou de la qualification *sui generis*, des formules contractuelles nouvelles ou inconnues en raison de leur construction originale ou complexe, c'est appliquer une posologie établie à une pathologie inconnue. Ce n'est pas dans tous les cas que « les lois du genre s'appliquent à l'espèce, sauf dérogation et les lois de l'espèce à la variété sauf dérogation⁶³ ». L'application systématique des règles du droit des contrats spéciaux aux situations contractuelles nouvelles n'est pas toujours heureuse. Leur inadaptation dont on fait état ici reflète leur inefficacité qualitative.

⁵⁹ D. GRILLET-PONTON, *ibid.*

⁶⁰ Il poursuit en considérant que « S'il se découvrait au contraire que les tendances qui font mouvoir les régimes particuliers ne font que propager celles qui animent l'évolution d'ensemble du droit – regain de formalisme, aggravation de la responsabilité des professionnels, involutions de la période contractuelle – ce ne serait que simple confirmation. Il n'y aurait enfin que complémentarité partout où l'on vérifierait qu'en apportant des précisions ou en fixant des modalités d'application, les règles spéciales ne dérogent pas au droit commun, mais le parachèvent. Voir, G. CORNU, « Introduction » In *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René SAVATIER, Presses Universitaires de France, Poitiers, 24-25 octobre 1985, p. 99.

⁶¹ J. J.-L. CORREA, « Regard critique sur les catégories contractuelles du Code des obligations civiles et commerciales... », *op. cit.* p. 816.

⁶² Comme précisé plus haut, la doctrine utilise souvent, pour les confondre, l'expression, droit des contrats spéciaux et celle de droit spécial des contrats.

⁶³ D. GRILLET-PONTON, *ibid.*



2. L'ordre et la sécurité en question

Les catégories confortent l'ordre et la sécurité juridique. Dans la famille de tradition romano-germanique, la certitude est une donnée acquise⁶⁴. L'opération de qualification, qui permet d'identifier parmi toutes les règles celle qui est la plus apte, participe à la fois de l'orientation et de l'apaisement du juriste civiliste⁶⁵.

Les catégories juridiques sont la traduction du caractère raisonné de la science juridique. Elles contribuent ainsi à un meilleur ordonnancement du droit. L'ordre et la structure du savoir juridique ainsi retrouvés présentent plusieurs vertus. En tant qu'ensemble de situations factuelles soumises à un régime commun, la catégorie juridique permet de mettre en relation ces situations factuelles et cet ensemble de règles juridiques⁶⁶, elle est l'interface entre ces deux derniers⁶⁷. L'une des fonctions importantes des catégories juridiques est de faciliter le repérage du savoir juridique⁶⁸, le droit n'appréhendant pas les choses directement, dans leur individualité, mais indirectement au travers de catégories⁶⁹. Les situations contractuelles dont le droit positif n'a pas prévu le régime juridique sont la traduction d'une importante complexité juridique⁷⁰. À travers l'opération de qualification, le juriste accède au *corpus juris* pertinent et à toute l'information qui s'y rapporte⁷¹.

Le processus de qualification n'aboutit pas toujours⁷². Il arrive que les figures contractuelles défient les classifications homologuées, conduisant à la qualification de contrats *sui generis*⁷³.

⁶⁴ Il en est ainsi de la logique du système droit civiliste caractérisé par un recours systématique au code. Comme le rappellent Michelle CUMYN et Frédérique GOSSELIN, « en matière de méthodologie du droit, de nombreux écrits sont consacrés à l'inventaire des sources du droit ... et à l'interprétation des textes juridiques ; très peu aux catégories juridiques et à la qualification ». M. CUMYN, F. GOSSELIN, « Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive », *McGill Law Journal-Revue de droit de McGill*, 62 :2, 2016, p. 331. (<https://www.erudit.org/fr/>).

⁶⁵ M. CUMYN, F. GOSSELIN, *ibid.*

⁶⁶ M. CUMYN, F. GOSSELIN, *ibid.*

⁶⁷ M. CUMYN, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexion sur la systématisme du droit », *Les Cahiers de Droit*, vol. 52, n° 3-4, septembre-décembre 2011, pp.351-378, p. 351.

⁶⁸ M. CUMYN, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexion sur la systématisme du droit », *op.cit.*, p. 371.

⁶⁹ F. GRUA, N. CAYROL, *Méthode des études juridiques, Conseils pour le cas pratique, le commentaire, la dissertation et la note de synthèse, op.cit.*, p. 23.

⁷⁰ F. GRUA, N. CAYROL, *ibid.* Cette doctrine n'hésite pas à rappeler l'importance des catégories juridiques parce qu'elles « confèrent au droit une certaine abstraction et, par suite, une certaine dimension scientifique. Grâce à elles, il y a place en droit pour le raisonnement. L'esprit peut espérer combler les lacunes des lois par un détour intellectuel, en raccrochant ce qu'il étudie à un certain ensemble ».

⁷¹ M. CUMYN, *ibid.*

⁷² M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale au droit, Droit des personnes, Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2^e édit., 2011, p. 42.

⁷³ F. GRUA, N. CAYROL, *ibid.*



La difficile qualification de certaines situations contractuelles est cause d'insécurité et d'incohérence juridique. La finalité de la règle de droit étant la sécurité juridique, il est attendu de la norme qu'elle soit « la plus claire, stable et prévisible⁷⁴ ». La règle de droit doit poursuivre ainsi l'objectif d'un meilleur encadrement des situations juridiques

La nouveauté des situations contractuelles constitue une préoccupation constante. La faiblesse à déterminer leur nature et leur régime juridique à partir du droit positif est constitutive d'un manque d'accessibilité du droit des contrats, cause d'insécurité juridique. Ce problème d'accessibilité dans les règles à appliquer à des situations contractuelles est bien révélateur de l'insécurité juridique engendrée par les faiblesses du droit positif à offrir toutes les solutions à des opérations contractuelles nouvelles ou innommées. Il faut dès lors parvenir à mieux concilier les impératifs d'innovations et d'adaptations, et la nécessaire stabilité de la loi⁷⁵. Il en est ainsi de la cohérence juridique. Cette dernière ou l'incohérence juridique n'est pas abordée par rapport à un pluralisme⁷⁶, mais par rapport à l'absence de rationalité qui peut entourer les difficultés posées par une forme de forçage⁷⁷ de règles juridiques non expressément prévues pour s'appliquer à ces situations contractuelles bien précises.

Le constat du caractère problématique, funeste de l'intangibilité du droit sénégalais des contrats dans le dessein de la réception de la nouveauté contractuelle appelle de notre part la défense d'une liberté beaucoup plus favorable.

L'adaptation du droit des contrats aux innovations est un défi majeur pour les systèmes juridiques contemporains. Il est crucial de trouver un équilibre entre l'ordre et la sécurité juridique, d'une part, et la nécessité de s'adapter aux nouvelles réalités, d'autre part. C'est le défi majeur du droit positif, de pouvoir s'adapter afin de mieux prendre en compte la nouveauté contractuelle.

⁷⁴ S. DELAMOTTE, *L'insécurité juridique de la norme conventionnelle en droit du travail : l'exemple du forfait-jours*, thèse Université Bourgogne France-Compté, soutenue à Dijon, le 15 juin 2023, Dir. David JACOTOT, pp. 5-6.

⁷⁵ J.-L. BERGEL, « La sécurité juridique », *Revue du notariat*, volume 110, numéro 2, septembre 2008, <https://id.erudit.org/iderudit/1045538ar>, (<https://www.erudit.org/fr/revues/notariat/2008-v110-n2-notariat03643/1045538ar.pdf>).

⁷⁶ P.-S.-A. BADJI, « La mise en cohérence des règles relatives à la sanction de l'inexécution des obligations », in *Le Code des Obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, vol. 1, novembre 2016, p. 41.

⁷⁷ Pour plus d'information sur le forçage, voir : B. GUIDERDONI, *Le forçage du contrat par le juge*, thèse de doctorat de droit privé et sciences criminelles, Université de CAEN, soutenue en 2002.



II. L'adaptation du droit positif des contrats à la nouveauté contractuelle

La réception de la nouveauté contractuelle en droit sénégalais nécessite une plus grande liberté en droit des contrats (A) et une reconsidération de l'office du juge (B).

A. Le regain de liberté du droit des contrats

Cette liberté retrouvée s'exprime par un renouvellement aussi bien des catégories contractuelles (1) que des règles juridiques régissant le contrat (2).

1. La flexibilisation des catégories contractuelles

Les normes-cadres, les catégories classiques et majeures du COCC n'intègrent pas forcément les évolutions et ne permettent pas de régler aisément les difficultés qui surviennent dans les relations contractuelles d'affaires. Elles se font dépasser très vite. Face à ces situations, le juge pourrait forcer l'analogie qui ne favorise pas toujours l'application de la meilleure règle. Dès lors, sans se laisser aller à certains excès de qualification⁷⁸, plus de souplesse est nécessaire dans les classifications contractuelles. « La flexibilité des catégories juridiques est la condition de leur adaptation à l'évolution sociale. Sans cesse, surgissent des situations nouvelles, des rapports juridiques nouveaux, des biens nouveaux, des techniques nouvelles... Le droit doit les aborder dans l'ordre juridique existant grâce aux institutions établies, parfois en les corrigeant ou en les complétant⁷⁹ ». Concrètement, il s'agit d'organiser les contrats en catégories susceptibles d'accueillir aisément les opérations contractuelles nouvelles ou non prévues par le droit positif⁸⁰.

Les catégories juridiques, bien qu'utiles pour structurer la pensée juridique, sont des constructions intellectuelles artificielles. En cherchant à les fixer de manière définitive, on risque de les déconnecter de la réalité sociale qu'elles sont censées régir⁸¹. Le risque est grand de voir les concepts juridiques se muer en entités autonomes, déconnectées de leur fondement empirique et ainsi perdre toute pertinence par rapport aux situations réelles⁸². Jean-Louis

⁷⁸ F. BURGAT, « La personne, une catégorie juridique souple propre à accueillir les animaux », *Archives de philosophie du droit*, 2017/I, tome 59, pp. 175-191.

⁷⁹ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 3^e édit., 1999, p. 209.

⁸⁰ G. LOUKILI, « Plaidoyer en faveur d'une *lex specialis* du métavers : entre transposition de droit existant et kaléidoscope d'interventions nécessaires », *Rev. Lamy Droit de l'immatériel*, n° 199, 1er janvier 2023.

⁸¹ M. CUMYN, F. GESSELIN, « Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive », *Revue de droit de McGill*, volume 62, numéro 2, décembre 2016, p. 329-387, diffusion numérique : 5 juin 2017 (URI <https://id.erudit.org/iderudit/1040050ar>), v. <https://www.erudit.org/fr/revues/mlj/2016-v62-n2-mlj03081/1040050ar/>. Consulté le 30.09.2024.

⁸² M. CUMYN, F. GESSELIN, « Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive » *op.cit.*



BERGEL a raison de dire que l'aptitude des catégories juridiques à traduire les phénomènes réels est liée à certains caractères particuliers sans lesquels elles ne pourraient absorber la diversité et l'évolution de la vie juridique et sociale⁸³. La Société par actions simplifiée (SAS), consacrée par le droit OHADA en 2010, incarne le modèle d'une société commerciale à la flexibilité remarquable⁸⁴. Tout en respectant les règles impératives et l'ordre public, la SAS offre aux associés une liberté statutaire sans précédent⁸⁵. Les statuts, véritables contrats de société, leur permettent d'organiser le fonctionnement de leur entreprise selon leurs besoins spécifiques. Cette souplesse, ancrée dans l'article 853-1 al. 1 de l'Acte Uniforme OHADA, fait de la SAS un véhicule juridique particulièrement adapté aux entreprises souhaitant une grande autonomie dans leur organisation.

Face à l'évolution rapide des pratiques économiques, les classifications contractuelles traditionnelles montrent leurs limites. Une plus grande flexibilité s'impose pour que le droit ne soit pas distancé par les réalités du marché. Les acteurs économiques, soucieux d'efficacité, ne sont pas contraints par des catégories juridiques rigides et privilégient des solutions contractuelles adaptées à leurs besoins spécifiques. Pour que le droit reste pertinent, il doit s'adapter à ces évolutions en adoptant des catégories juridiques plus souples et dynamiques⁸⁶. Afin de s'adapter aux évolutions constantes des pratiques économiques, certaines catégories contractuelles doivent gagner en flexibilité. Elles doivent être suffisamment ouvertes pour englober les nouvelles formes de contrats qui émergent sans cesse. De cette manière, elles rempliraient pleinement leur rôle d'outils juridiques capables d'intégrer les innovations et les transformations du marché⁸⁷.

La rigidité des catégories contractuelles, loin d'assurer une sécurité juridique, peut devenir un frein à l'innovation⁸⁸. Pour s'adapter aux évolutions rapides du marché, le droit

⁸³ J.-L. BERGEL, *ibid.*

⁸⁴ La Société S.A.S a été consacrée en droit OHADA lors de la réforme de l'Acte uniforme portant sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique de 2010. L'OHADA étant l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, instituée par le traité de Port-Louis de 1993. Son objectif est de contribuer à l'harmonisation voire à l'unification, à travers des Actes Uniformes, les règles juridiques gouvernant les affaires afin de leur assurer une plus grande sécurité juridique et judiciaire.

⁸⁵ Art. 853-1 al. 1 Acte Uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique. « La société par actions simplifiée est une société instituée par un ou plusieurs associés et dont les statuts prévoient librement l'organisation et le fonctionnement de la société sous réserve des règles impératives du présent livre. Les associés de la société par actions simplifiée ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et leurs droits sont représentés par des actions ».

⁸⁶ J.-L. BERGEL, *ibid.*

⁸⁷ J.-L. BERGEL, *ibid.*

⁸⁸ M. CUMYN, F. GESSELIN, « Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive » *op.cit.*



contractuel doit adopter une approche plus flexible, permettant ainsi d'accueillir de nouvelles formes d'accords. Une telle souplesse est essentielle pour garantir une stabilité juridique durable et adaptée aux besoins de l'économie moderne.

2. La flexibilisation des règles juridiques régissant le contrat

La flexibilisation du droit des contrats répond à un besoin croissant des acteurs économiques de disposer d'outils juridiques adaptés à la complexité et à l'évolution rapide des relations commerciales. En leur accordant une plus grande liberté contractuelle, il leur est permis de concevoir des contrats sur mesure, mieux adaptés à leurs besoins spécifiques. Cette approche, tout en renforçant la sécurité juridique en favorisant l'adhésion des parties, ne saurait toutefois dispenser les contrats de respecter les règles impératives et les principes fondamentaux du droit. Pour répondre à la nécessité d'une flexibilisation du droit des contrats, il convient de s'inspirer de modèles de régulation alternatifs⁸⁹. La régulation par les réseaux, largement utilisée dans des secteurs comme la distribution, est une solution envisageable⁹⁰. Dans le domaine des actifs numériques, par exemple, une gouvernance horizontale, où les acteurs eux-mêmes définissent les règles, pourrait s'avérer plus efficace qu'une intervention législative excessive. Cette approche permettrait une adaptation plus rapide aux évolutions technologiques et aux besoins du marché⁹¹.

Pour une plus grande flexibilité contractuelle, il est nécessaire d'accorder aux parties une autonomie plus prononcée dans le choix du régime juridique applicable à leurs relations. Le principe de la loi d'autonomie en droit international privé en est une parfaite illustration : les parties sont libres de choisir la loi qui régira leur contrat, renforçant ainsi leur capacité à adapter le cadre juridique à leurs besoins spécifiques⁹². Cette approche, qui met la volonté des parties

⁸⁹ Selon Gérard CORNU, « Action économique mi - directive mi- correctrice d'orientation, d'adaptation et de contrôle exercé par des autorités (dites de régulation) sur un marché donné (à considérer par secteur, régulation financière, boursière, énergétique, etc.) qui, en corrélation avec le caractère mouvant, divers et complexe de l'ensemble des activités dont l'équilibre est en cause, se caractérise par sa finalité (le bon fonctionnement d'un marché ouvert à la concurrence, mais non abandonné à elle), la flexibilité de ses mécanismes et sa position à la jointure de l'économie et du droit en tant qu'action régulatrice elle-même soumise au droit et à un contrôle juridictionnel. Ex. régulation des marchés financiers. V. AMF ; système de régulation de la concurrence au sein du marché unique de l'Union européenne. À ne pas confondre avec réglementation, qui peut cependant être un moyen de régulation ». G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, pp. 884-885.

⁹⁰ M. MEKKI, « Actifs numériques », *Répertoire de Droit Commercial*, janvier 2024 ; S. LEQUETTE, *Droit du numérique*, Paris, LGDJ, 2024, 858 p.

⁹¹ Cette forme de gouvernance est celle assurée par les acteurs eux-mêmes, souvent sans intervention d'un intermédiaire public. Voir : S. LEQUETTE, *Droit du numérique*, *op.cit.*, pp. 637-638.

⁹² En droit international privé, la loi d'autonomie signifie, une « Loi compétente pour régir l'acte juridique (plus spécialement le contrat), ainsi nommée par référence au rôle de la volonté (c'est la loi que les parties ont choisie ou, à défaut de volonté exprimée, celle du pays où elles ont entendu localiser l'opération) ». Voir : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p. 107.



au cœur du processus de qualification contractuelle, favorise une plus grande efficacité et une meilleure adaptation aux réalités économiques⁹³.

Une plus grande flexibilité dans le droit des contrats est indispensable pour répondre aux enjeux de l'économie moderne. La rigidité des classifications contractuelles traditionnelles peut ralentir la résolution des litiges et entraver l'adaptation du droit aux nouvelles réalités économiques. Face à des situations contractuelles inédites, une approche plus pragmatique, qui ne serait pas limitée par des catégories figées, permettrait de trouver des solutions plus rapides et plus adaptées⁹⁴.

B. Une liberté garantie par une reconsidération de l'office du juge

Le juge, acteur central (1), contribue à l'édification du droit contractuel, en traitant notamment les nouveautés contractuelles (2).

1. La contribution du juge dans l'édification d'un droit contractuel

Le juge n'est-il que la bouche de la loi ?⁹⁵ La question de la place de la jurisprudence dans les sources du droit est plus visible dans l'opposition entre le système civiliste et le système de la *Common Law*. La jurisprudence est une source secondaire qui dépend de la loi dans les traditions civilistes qui ont inspiré le système juridique sénégalais⁹⁶ ; dans les droits de la famille juridique *Common Law*, le juge est le principal législateur.

En droit romano-germanique, la jurisprudence, dans la Pyramide des normes de Kelsen⁹⁷, reste une source peu importante. Elle est dite souvent source subsidiaire en raison de son caractère complémentaire. Toutefois, il y a des auteurs qui pensent que dans certains cas, elle a une très grande importance. La jurisprudence peut renvoyer juridiquement à plusieurs

⁹³ G. CORNU, *ibid.*

⁹⁴ J.-J. SARFATI, « Des limites de l'idée du droit flexible », in *Le Philosophoire*, consulté le 04.01.2024 sur (<https://shs.cairn.info/revue-le-philosophoire-2012-2-page-207?lang=fr>).

⁹⁵ S. DAUCHY, « Le juge, bouche de la loi. À propos de la célèbre métaphore de Montesquieu », *Nagoya University Journal of Law and Politics*, 2014, 256, pp. 325-343. (ffhal-02959170f).

⁹⁶ « Certains systèmes placent la jurisprudence au-dessous de la loi tout en lui laissant largement le soin de compléter celle-ci : c'est à peu près le cas de la France actuelle ». Voir P. JESTAZ, *Les sources du droit, op.cit.*, p. 72.

⁹⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Bruxelles, Bruylant-LGDJ, Paris, 1999, 376 p.



sens⁹⁸. En tout état de cause, la jurisprudence est une expression de décisions provenant de juridictions, qui portent souvent sur une question donnée⁹⁹ ».

L'évolution du rôle de la jurisprudence au sein du système juridique contemporain est indéniable. Initialement perçue comme une simple application mécanique des normes législatives, la jurisprudence s'est progressivement imposée comme une source autonome du droit, aux côtés de la loi et de la coutume¹⁰⁰. Ce basculement s'explique par la nécessité d'adapter un système juridique rigide à une réalité sociale en constante mutation. La jurisprudence, en tant que produit de l'activité juridictionnelle, est particulièrement bien placée pour appréhender les spécificités des litiges et apporter des réponses adaptées. Elle joue ainsi un rôle essentiel dans la conciliation des textes législatifs, souvent imprécis ou contradictoires, et dans l'évolution du droit positif¹⁰¹. Les réticences initiales à l'égard de ce pouvoir normatif des juges, liées notamment à la crainte d'un « gouvernement des juges », se sont progressivement atténuées. La jurisprudence, loin de menacer la séparation des pouvoirs, contribue à la stabilité du système juridique en offrant une interprétation cohérente et évolutive des normes¹⁰². L'exemple du droit administratif est particulièrement éclairant. La jurisprudence a joué un rôle fondamental dans la construction de cette branche du droit, en créant de nouveaux principes et en précisant les contours des pouvoirs de l'administration.

La jurisprudence est devenue un acteur incontournable de la production du droit. Son rôle est essentiel pour garantir la justice, la sécurité juridique et l'adaptation du droit aux enjeux de la société. Néanmoins, ce pouvoir normatif doit être exercé avec prudence, dans le respect des principes fondamentaux de l'État de droit.

⁹⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op.cit.*, pp. 589-590. Selon l'auteur français, la jurisprudence est un « ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période soit dans une matière (jurisprudence immobilière), soit dans une branche du Droit (jurisprudence civile, fiscale, etc.), soit dans l'ensemble du Droit. - Ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du Droit (Dans l'interprétation de la loi quand celle-ci est obscure) ou même dans la création du Droit (quand il faut compléter la loi, suppléer une règle qui fait défaut)... - Habitude de juger dans un certain sens et, lorsque celle-ci est établie (on parle de jurisprudence constante, fixée), résultat de cette habitude : solution consacrée d'une question de droit considérée au moins comme autorité, parfois comme source de droit. -Tendance habituelle d'une juridiction déterminée ou d'une ou d'une catégorie de juridiction à juger dans tel sens... -Pratique judiciaire ; habitude de procéder ou d'opérer de telle ou telle manière (en dehors des questions de droit) dans les mesures d'instruction, les conciliations, les évaluations, etc. ».

⁹⁹ P. JESTAZ, *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, 3^e édit., 2022, p. 71.

¹⁰⁰ P. PUIG, *Contrats spéciaux, op.cit.*, p.18.

¹⁰¹ P. REMY, « La jurisprudence des contrats spéciaux, quarante ans de chroniques de la Revue Trimestrielle de Droit Civil », in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats*, Journées René SAVATIER, Poitiers, 24-25 octobre 1985, *RIDC*, 1989, 41-1, pp. 254-255.

¹⁰² O. FERREIRA, *Histoire contemporaine des sources du droit*, Paris, Ellipses, 2^e édit., 2023, 310 p., p. 135.



Il est impossible pour la loi de tout prévoir. Si on pensait en théorie qu'un code civil était complet, ... Il ne devait donc y avoir aucun commentaire qui obscurcit les articles du code¹⁰³. Cependant, la pratique ayant pu révéler le contraire¹⁰⁴, il revient ainsi au juge, donc à la jurisprudence, de compléter les vides laissés par la loi ou de prendre en compte toutes les situations qui ne seraient pas consacrées au moment de légiférer. Cet office de la jurisprudence est en conséquence très utile, particulièrement en droit des contrats dont l'évolution pratique est souvent remarquable. C'est ainsi que Pascal PUIG affirmait qu'« il lui appartient de combler les lacunes de la loi en organisant notamment le régime de certains mécanismes et techniques juridiques¹⁰⁵». La même situation se pose lorsque le juge fait face à une kyrielle d'opérations ou de figures contractuelles atypiques ou qui naissent d'une combinaison d'anciens contrats sans que leur qualification soit prévue. La compréhension de l'apport de la jurisprudence dans le traitement des situations juridiques est liée à son office par rapport à la loi. En réalité, la jurisprudence est au service de la loi, au service du Droit. Le juge interprète et applique la loi. La preuve du rôle parfois créateur des juges se manifeste également par le fait que la jurisprudence sert de relais normatif à certaines autorités administratives indépendantes dont la mission de recommandation interdit toute intervention directe (les recommandations de la commission des clauses abusives en France, par exemple)¹⁰⁶.

La détermination de la place de la jurisprudence en tant que source du droit régissant les contrats permet de mieux appréhender sa contribution au traitement des situations contractuelles nouvelles.

2. La contribution du juge à la prise en charge des situations contractuelles nouvelles

Le juge a un rôle majeur dans la prise en charge des nouveautés contractuelles. Il y est d'ailleurs contraint, l'accusation de déni de justice étant un risque de son office¹⁰⁷. Lorsqu'il s'emploie à dire le droit, les décisions qu'il rend sont aidées à clarifier et préciser le sens de la

¹⁰³ F.-F. STONE, « Les cas non prévus par le droit en vigueur », *op.cit.*, p. 1077. L'auteur rappelle dans ses écrits que « On a dit que Justinien et Napoléon considéraient que les codes qui portent leurs noms pouvaient faire face à tous les anciens problèmes et à ceux qui pourraient se poser à l'avenir ».

¹⁰⁴ F.-F. STONE, *ibid.*

¹⁰⁵ P. PUIG, *Contrats spéciaux, op.cit.*, pp.18-19.

¹⁰⁶ P. PUIG, *Contrats spéciaux, ibid.*

¹⁰⁷ Art. 90, alinéa 2, de la Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001 dispose que « Les juges ne sont soumis qu'à l'autorité de la loi dans l'exercice de leurs fonctions ». En France, « le Code Napoléon, dans son article 4 stipule que « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. – La France abolissait ainsi une pratique antérieure à la révolution selon laquelle les juges pouvaient refuser de juger des affaires en prétextant que la loi était obscure et les renvoyaient devant les anciens Parlements pour qu'ils agissent de façon appropriée – procédé incommode et générateur de délais et d'incertitude ». F.-F. STONE, Les cas non prévus par le droit en vigueur, *op.cit.*, p. 2



norme. Dans certaines situations, elles constituent de véritables « précédents¹⁰⁸ » dont les solutions seront reproductibles.

Le juge n'a pas manqué de méthodes pour affronter les cas nouveaux. Une bonne interprétation de la situation en cause pouvait bien servir à combler les lacunes et vides de la loi. Il en est ainsi de la « fiction juridique¹⁰⁹ ». Il est prétendu, dans ce cas, qu'un élément exigé par le droit en vigueur est présent ou s'est produit, bien qu'en vérité cela soit le contraire¹¹⁰. En outre, les juges peuvent parfois recourir à la coutume et aux usages. Des législations ont même pu inviter des juges à faire recours à la loi naturelle, à la raison et aux principes généraux du droit. En guise d'exemple, « à défaut de droit positif... ou de coutume, l'article 21 du Code civil de la Louisiane invite le juge à rendre un jugement équitable en faisant appel à la loi naturelle et à la raison¹¹¹ ». Le possible pouvoir créateur du juge a une consécration beaucoup plus expresse en droit suisse où l'article 1^{er} du Code civil dispose que « la loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre et l'esprit de l'une de ses dispositions. -À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. -Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence ». Le juge est ainsi celui qui veille à la bonne application des règles juridiques destinées à régir l'opération contractuelle lors de sa formation, de son exécution et même pour « l'après-contrat¹¹² ».

Pour combler les limites de la loi, notamment face aux cas non prévus par le droit en vigueur, l'office du juge doit pouvoir évoluer pour aider à mieux gouverner les relations contractuelles. Certes, l'effet relatif du contrat s'impose à lui, mais face à des situations contractuelles nouvelles, innommées, le rôle du juge doit être autre. Il doit contribuer à la détermination de la règle applicable.

¹⁰⁸ A. J. BULLIER, *La Common Law*, Paris, Dalloz, 4^e édit., 2016, pp. 130-135.

¹⁰⁹ Selon le Vocabulaire juridique de Gérard CORNU, il s'agit d'un « • 1. Artifice de technique juridique (en principe réservé au législateur souverain), « mensonge de la loi » (et bienfait de celle-ci) consistant à « faire comme si », à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit. • 2. Idée, concept doctrinal imaginé en vue d'expliquer une situation, un mécanisme (ex. la *continuation de la personne du défunt par ses héritiers). *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodo ejus agitur.*) ». G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op.cit.*, p. 456.

¹¹⁰ F.-F. STONE, « Les cas non prévus par le droit en vigueur », *op.cit.*, p. 5

¹¹¹ F.-F. STONE, *ibid.*

¹¹² Selon Gérard CORNU, c'est une « expression doctrinale qui désigne la période qui suit l'extinction du contrat et qui vise plus particulièrement les obligations qui survivent au contrat. Ex. obligation de non-concurrence stipulée dans un contrat de travail ». G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 12^e édit. Version électronique, p. 199. ; H. KASSOUL, *L'après-contrat*, Thèse de doctorat, Université Côte d'Azur, soutenue le 10 novembre 2017, sous la direction d'Yves STRICHLER. (Consultable sur <https://hal.science/tel-02418907v1/document>).



Dans le cas plus spécifique des opérations contractuelles complexes, la jurisprudence a pu se prononcer sur beaucoup de difficultés pour lesquelles la loi n'avait pas prévu de solutions claires¹¹³.

Les tribunaux ont ainsi des méthodes particulières pour affronter le cas nouveau, avec une évolution qui se distingue selon qu'on est en *Common Law* ou dans la *Civil Law*¹¹⁴. STONE remarque toutefois que malgré cette attitude évolutive, « les juges de *Common Law* et de *Civil Law* ont rendu des jugements dans des espèces où il n'existait pas de précédents précis ou d'articles de loi et ont ainsi permis au droit de suivre les besoins et les développements nouveaux¹¹⁵ ». Le juge sénégalais, pour mieux traiter les situations contractuelles nouvelles, doit pouvoir emprunter plus ou moins les mêmes voies. Comme pour le juge suisse¹¹⁶, on devrait permettre au juge sénégalais de combler les lacunes de la loi, de « créer la loi » s'il arrive qu'il soit impossible d'identifier la règle applicable à la situation contractuelle en cause.

Le juge, pour y arriver, doit faire preuve d'avant-gardisme. Il fera recours certainement aux outils des usages professionnels¹¹⁷ des praticiens, aux principes généraux¹¹⁸. Le juge peut ainsi recourir au droit comparé à partir de la législation ou de la jurisprudence étrangère ; il peut s'appuyer également sur des personnes ayant une expertise avérée comme dans le domaine du numérique ; le recours à l'équité, à l'impartialité et à la justice demeure également efficace

¹¹³ Il en est ainsi de Versailles (1^{ère} Ch.), 8 juin 1982 (Gaz. Pal. 1982 II somm. 246) : *Le contrat qui lie le propriétaire d'un « juke boxes » et le débitant de boissons ou l'hôtelier chez lequel cet appareil est placé, n'est pas un contrat de dépôt, le commerçant se contentant d'héberger l'appareil en mettant seulement à la disposition de l'exploitant une partie de l'immeuble et les fournitures nécessaires à son fonctionnement (électricité) contre une rémunération, cette convention attirant une clientèle pour le débitant de boissons ; il n'est pas non plus un contrat de louage d'ouvrage, ni un contrat de société, ni un contrat de mandat, mais un contrat « sui generis », le débitant de boissons ne prenant aucun engagement sur le respect des droits d'auteur, n'intervenant pas dans la diffusion et ne payant pas les redevances à la SACEM.* ; Trib. com. 21 mars 1966 (JCP 1966 II 14690) ; Cass. 1^{er} civ. 23 octobre 1961 (D. 1962 45 note Rodière). Pour la juxtaposition d'un contrat de bail et d'un contrat de métayage : Cass. soc. 5 juillet 1951 (Rev. ferm. 1952, p. 384 somm.). Pour le cumul d'un bail commercial et d'un bail d'immeuble : TGI Seine 8 novembre 1966 (Gaz. Pal. 2 mai 1967).

¹¹⁴ F.-F. STONE, *ibid.* L'auteur précise que « En théorie et parfois en pratique, un juge de *Common Law* peut refuser un « remède » au motif qu'il n'existe aucun précédent permettant de l'octroyer : dans les anciennes affaires, on exprimait la chose ainsi « pas de *writ*, pas de remède » : les juges modernes peuvent dire « l'affaire du requérant ne présente aucun motif connu d'action ». – Par ailleurs, le Code Napoléon, dans son article 4, stipule que « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

¹¹⁵ F.-F. STONE, *ibid.*

¹¹⁶ Selon l'article 1^{er} du Code civil suisse, « La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. – À défaut d'une disposition légale, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. – Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence ».

¹¹⁷ S. BISSALOUÉ, « L'importance des usages dans l'élaboration d'un ordre juridique africain plus attractif », In I.-Y. NDIAYE, J. J.-L. CORREA, A.-A. DIOUF, *Actes du Colloque : Le Code des Obligations civiles et commerciales du Sénégal : cinquante ans après*, Vol. 1, 2018, pp. 101-124.

¹¹⁸ F.-F. STONE, « Les cas non prévus par le droit en vigueur », *op.cit.*, pp. 1082-1083.



comme l'a défendu une doctrine¹¹⁹. Nous assistons ainsi à la mise en application d'une conception qui envisage le contrat comme une institution faste et utile qu'il convient de favoriser : c'est alors le modèle des contrats d'affaires qui promet de larges utilisations de la liberté contractuelle toujours plus riches, et bien entendu supposerait un accueil favorable par le juge, loin, précisément, des réglementations contraignantes¹²⁰.

Il est légitime en définitive de s'interroger sur la valeur des décisions que le juge prendra en conséquence de la flexibilisation. Sans promouvoir un gouvernement des juges¹²¹, les décisions rendues par les juges auront une valeur relative, car lieront les parties sans incidence majeure sur le droit commun des contrats en tant que droit positif codifié par le législateur. Elles forment la conviction du juge, mais fondé objectivement sur du droit et de la justice.

¹¹⁹ F.-F. STONE, *ibid.*, p. 1083.

¹²⁰ D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 10^e édit., 2016, p. 20.

¹²¹ « Gouvernement des juges » est une expression qui renvoie à l'idée que les juges d'un État disposent de larges pouvoirs d'interprétation, au point de s'apparenter à des législateurs. Voir : M. TROPER, O. PFERSMANN, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? » In *Gouvernement des juges et démocratie*, édité par Séverine Brondel et al. Éditions de la Sorbonne, 2001, pp. 21-62, (<https://doi.org/10.4000/books.psorbonne.80649>).