



HAL
open science

Quelques réflexions sur la proportionnalité en droit mauricien des contrats

Goran Georgijevic

► **To cite this version:**

Goran Georgijevic. Quelques réflexions sur la proportionnalité en droit mauricien des contrats. Revue juridique de l'Océan Indien, 2020, 27, pp.131-159. hal-02767085

HAL Id: hal-02767085

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02767085v1>

Submitted on 4 Jun 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

DROIT CIVIL MAURICIEN

Quelques réflexions sur la proportionnalité en droit mauricien des contrats

Dr. Goran GEORGIJEVIC

Lecturer, Université de Maurice¹

Résumé :

La proportionnalité désigne un rapport adéquat entre deux éléments de comparaison et il y a disproportion à chaque fois lorsque ce rapport devient inadéquat. Celle-ci peut revêtir deux formes différentes, à savoir la disproportion quantitative, d'une part, et la disproportion qualitative, d'autre part. La première reflète un déséquilibre économique entre les éléments de comparaison, alors que la seconde est révélatrice d'une qualité insatisfaisante du rapport entre les éléments de comparaison. Force est de constater qu'en droit mauricien le principe de proportionnalité s'applique au contrat. Toutefois, la proportionnalité ainsi définie n'englobe que des situations où les éléments de comparaison sont préétablis de façon certaine, ce qui évite aux parties des mauvaises surprises. Dans cet article sont étudiés deux types de disproportions mentionnés plus haut, ainsi que les sanctions qui servent d'outil technique permettant de combattre la disproportion du contrat.

Abstract :

Proportionality designates an adequate relationship between two elements of comparison and there is disproportion each time when this relationship becomes inadequate. Disproportion can take two different forms, namely quantitative disproportion, on the one hand, and qualitative disproportion, on the other. The first one shows an economic imbalance between the elements of comparison, while the second one reveals an unsatisfactory quality of the relationship between the elements of comparison. It is clear that under Mauritian law the principle of proportionality applies to the contract. However, the proportionality thus defined includes only situations where the elements of comparison are pre-established with certainty. In this article, two types of disproportion mentioned above are analyzed, as well as sanctions which are the technical tool to combat the disproportion of contract.

Mots-clés : Code civil mauricien ; Landlord and Tenant Act ; Borrower Protection Act ; contrat ; proportionnalité ; disproportion ; quantitatif ; qualitatif

¹ Dr. Goran Georgijevic est aussi Officier (*Law Reform Officer*) de la Commission des réformes législatives (*Law Reform Commission*) de Maurice dont les fonctions à la Commission ne sont pas actives pendant la durée de son engagement à temps plein à l'Université de Maurice.

Pour des raisons d'ordre historique², le droit civil mauricien s'est inspiré, et s'inspire même aujourd'hui, du droit français³. Ainsi, non seulement le Code civil mauricien est rédigé en français, mais y est employée la même technique rédactionnelle qui était de mise lors de la rédaction du Code civil français de 1804 et de ses modifications ultérieures. En dépit de ce constat, il n'est pas possible de nier l'autonomie du droit civil mauricien. Certes, le Juge mauricien a le loisir de consulter et citer des décisions appropriées de la Cour de cassation française. Cependant, rien dans notre système juridique ne l'oblige à le faire : les décisions de la Cour de cassation française ne seront citées dans les décisions mauriciennes que si le Juge les considère adaptées au contexte. En d'autres termes, les décisions de la Cour de cassation française représentent, en droit mauricien, une *persuasive* et pas une *binding authority*⁴. Cela dit, on ne saurait, non plus, faire abstraction d'une similarité importante entre, d'une part, le droit civil mauricien, dont le droit des contrats fait partie, et, d'autre part, le droit civil français.

L'importance des principes généraux⁵ en droit mauricien des contrats n'est plus à démontrer. Ces principes représentent les règles n'étant pas explicitement exposées dans les lois écrites, mais formulées par la jurisprudence, car elles

² L'Ile Maurice fut, pendant un certain temps, administré par les Français, de 1715 à 1810.

³ Voir notamment : Law Reform Commission, *Background Paper, Reform of Codes*, octobre 2010, <http://lrc.gov.mu/English/Reports/Pages/Reports-and-Papers.aspx> ; DOMINGUE P.-R., « The Historical Development of the Mixed Legal System of Mauritius during the French and British Colonial Periods », *Research Journal, Law, Management and Social Sciences*, University of Mauritius, 2002, Volume 4, p. 62 ; AGOSTINI E., « Heurs et malheurs du mariage religieux à l'Ile Maurice », *Etudes offertes à Pierre Jobert*, Presses universitaires de Bordeaux, 1992, pp. 21-22 ; VENCHARD L-E., « L'application du droit mixte à l'Ile Maurice », *Mauritius Law Review*, n° 4/1982, p. 31 ; ANGELO A. H., « Mauritius : The Basis of the Legal System », III *CILSA*, 1970, notamment pp. 237-239 ; BOGDAN M., « The Law of Mauritius and Seychelles, A Study of Two Small Mixed Legal Systems », *Jurisförlaget I Lund, Wallin & Dalholm Boktryckeri AB*, Lund 1989, notamment pp. 28-31 ; BURGEAT E., « La revision du Code civil à l'Ile Maurice », *Annuaire des Pays de l'Océan Indien*, 1975, Vol. 2, pp. 315 s. ; MARRIER D'UNIENVILLE R., « L'évolution du droit civil mauricien », *Etudes de droit privé français et mauricien*, Congrès tenu à Saint-Denis de la Réunion (1er au 4 juillet 1965), Presses universitaires de France, 1969, p. 96 ; MOOLAN H., « Les difficultés d'application des codes français à l'Ile Maurice et les projets de codification », *Etudes de droit privé français et mauricien*, Congrès tenu à Saint-Denis de la Réunion (1er au 4 juillet 1965), Presses universitaires de France, 1969, pp. 137 s. ; *Mixed Jurisdictions Worldwide, The Third Legal Family*, Second Edition, Edited by PALMER V. V., Cambridge University Press, 2012, p. 629.

⁴ *Vide* par exemple : *Mangroo vs Dahal*, 1937, MR, 43 – AGOSTINI E., « Responsabilité du fait des choses », L'Ile Maurice est encore l'Isle de France, *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 6.

⁵ Sur la consécration des principes généraux dans un des chapitres de la proposition d'un droit commun européen de la vente *Vide* : AUBERT DE VINCELLES C., « Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente », *La Semaine juridique*, éd. G, n° 50/2011, 1376.

reflètent l'esprit de la législation⁶. Les principes généraux guident l'application des règles écrites et assurent « *la cohérence nécessaire des règles et des solutions* »⁷. En droit mauricien, le contrat repose donc sur les principes généraux tels que la liberté contractuelle⁸, la bonne foi⁹, la recherche du maintien du contrat autant que faire se peut¹⁰, la cohérence¹¹, *fraus omnia corrumpit*¹², etc. Il en va de même, à notre avis, du principe de proportionnalité¹³, « *l'aspiration à la juste mesure* » étant « *inscrite dans la définition même du droit* »¹⁴. Néanmoins, l'affirmation précédemment faite nécessitera des précisions supplémentaires.

⁶ BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Etudes offertes à G. Ripert, Le droit privé au milieu du XX^{ème} siècle*, L. G. D. J., 1950, tome 1, p. 50, n° 21.

⁷ TERRE F., « La Proportionnalité comme principe ? », *La Semaine juridique*, éd. G, n° 25/2009, 31, sommaire.

⁸ Sur la liberté contractuelle sous forme de la liberté de mener des pourparlers parallèles : *Mungroo and Sons Ltd v Belle Mare Beach Development Co Ltd* 2018 SCJ 347 ; *OCRA (Mauritius) Limited vs Kartel Solutions Limited* 2014 SCJ 413 - *Nouvelles Technologies et Systèmes Ltée & Ors v Airports of Mauritius Co Ltd* 2014 SCJ 111 – Sur la liberté contractuelle dans la fixation de la fin du contrat : *De la Haye LG v Air Mauritius* 2015 SCJ 244 – Sur la liberté contractuelle d'écarter l'exigence d'une mise en demeure : *Manser Saxon Contracting Ltd vs Goundan Co. Ltd* 2017 SCJ 409 – Sur la conformité à la liberté contractuelle de l'extinction du cautionnement en cas de novation de l'obligation primitive : *Mauritius Commercial Bank Ltd v Staub Patrick & Anor* 2012 SCJ 433 - Comp. avec : Cons. const. 3 août 1994, note Y. Broussolle, *La Semaine juridique*, éd. G., n° 13/1995, II, 22 404.

⁹ Sur l'exigence de mener les pourparlers de bonne foi : *Mungroo and Sons Ltd v Belle Mare Beach Development Co Ltd* 2018 SCJ 347 - *OCRA (Mauritius) Limited vs Kartel Solutions Limited* 2014 SCJ 413 - *Nouvelles Technologies et Systèmes Ltée & Ors v Airports of Mauritius Co Ltd* 2014 SCJ 111 – Sur l'importance de la bonne foi en cas de deux ventes successives d'un même bien : *D. Derukpaul vs. B. Nunkoo* 1987 MR 176 SCJ 156 ; *Roopun D. vs Dookhit R.* 2013 SCJ 369 ; *Soobramanien N. vs Jogoo K. Ors* 2007 SCJ 36 ; *Beerjeeraz R. & Ors vs Dabee M. A.* 2010 SCJ 11 ; *Nursimloo C. vs Etwa S. & Ors* 2002 SCJ 222 – Voir aussi : *Huzooree C. A. & Anor vs Lam Yuen Wah L. C. Y & Ors* 2013 SCJ 479 - J. ANTIPPAS, « De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2013, pp. 27 s. ; Cass. 1^{ère}, 31 oct. 2012, note Fages B., *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2013, p. 109.

¹⁰ Voir art. 1157 C. civ. maur. - Comp. avec : AUBERT DE VINCELLES C., *art. précit.*, par. n° 3.

¹¹ Comp. avec : Cass. com. 20 sept. 2011, note Houtcieff D., *La Semaine juridique* éd. G., n° 46/2011, 1250.

¹² Sur l'application de ce principe dans le contrat de mandat : *Baillache v Madarbukus* 2001 SCJ 70 – Sur l'application de ce principe en cas de vente d'un bien commun des époux : *Mutty G. & Ors v Bhugbuth R. & Ors* 1993 SCJ 244 - Comp. avec : GHESTIN J., « La Réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *La Semaine juridique*, éd. G, n° 24/2011, doctr. 703.

¹³ TERRE F., *art. précit.* – *Vide* aussi par exemple : Cass. soc. 14 jan. 2014, note Gautier P.-Y., *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2014, p. 400.

¹⁴ BAKOUCHE D., *L'Excès en droit civil*, L. G. D. J., 2005, p. 2, n° 2.

La proportionnalité désigne un rapport adéquat entre deux éléments de comparaison¹⁵ et il y a disproportion à chaque fois lorsque ce rapport devient inadéquat¹⁶. Celle-ci peut revêtir deux formes différentes, à savoir la disproportion quantitative, d'une part, et la disproportion qualitative, d'autre part. La première reflète un déséquilibre économique entre les éléments de comparaison, alors que la seconde est révélatrice d'une qualité insatisfaisante du rapport entre les éléments de comparaison. Force est de constater qu'en droit mauricien le principe de proportionnalité s'applique au contrat, qui résulte toujours d'un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes passé en vue de produire des effets de droit¹⁷ et constitue l'expression juridique d'une opération économique¹⁸.

En ce qui concerne le contrat, le droit mauricien, qui repose sur « *l'idée d'équilibre ou de juste mesure* »¹⁹, assure à la foi la répression des disproportions quantitatives, qui reflètent des déséquilibres économiques intolérables²⁰, et celle des disproportions qualitatives, qui démontrent l'existence d'un rapport qualitatif insatisfaisant entre deux éléments du contrat ou entre le contrat et un élément externe²¹.

La proportionnalité ainsi définie n'englobe que des situations où les éléments de comparaison sont préétablis de façon certaine, ce qui évite aux parties des mauvaises surprises²². Ainsi, nous ne sommes pas d'avis que l'éviction de l'application d'une règle de droit, fondée sur des raisons d'équité, relève du principe de proportionnalité en droit civil mauricien²³. Il peut éventuellement

¹⁵ Comp. avec : LEGAC-PECH S., *La Proportionnalité en droit privé des contrats*, L. G. D. J., 2000, p. 42, n° 72 ; TERRE, *art. précit.*, n° 1.

¹⁶ A comp. avec : MAZEAUD D., *Rép. civ. Dalloz, Lésion*, avril 2018, n° 43.

¹⁷ GEORGIJEVIC G., *Droit civil mauricien, Les Contrats, partie générale*, Editions universitaires européennes, 2011, p. 20 ; ROUHETTE G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse dactylographiée, Paris, 1965, p. 345 ; LOMBARD F., *La Cause dans le contrat administratif*, Dalloz, 2008, pp. 3 s., nn° 1 s.

¹⁸ FIN-LANGER L., *L'Equilibre contractuel*, L. G. D. J., 2002, p. 160 ; CHANTEPIE G., *La Lésion*, L. G. D. J., 2006, p. 38.

¹⁹ BAKOUCHE D., *thèse précit.*, p. 1, n° 1.

²⁰ FIN-LANGER L., *thèse précit.*, pp. 335 s.

²¹ Comp. avec : BAKOUCHE D., *thèse précit.*, pp. 76 s. nn° 71 s. – L'auteur propose les notions d'*excès distributif* et d'*excès commutatif*.

²² Ces éléments reflètent systématiquement des intérêts opposés qu'il s'agit d'équilibrer (SARGOS P., « L'intelligence du droit, À propos des 80 ans de l'arrêt *Mercier* », *Recueil Dalloz* 2016 pp. 1024 s. par n° 5). – Voir notamment : « *L'emploi de la proportionnalité entraîne des difficultés beaucoup plus considérables lorsque les intérêts à prendre en compte ne peuvent pas être identifiés préalablement. Dans ce cas, l'application de ce principe constitue une invitation au juge à intégrer dans la balance tout élément digne de considération* », MIRZAL T., « La Cour de cassation à 'l'âge de la balance' – Analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement », *RTD civ.* 2017 pp. 789 s., partie III).

²³ LE BRAS Th., « Revirement de jurisprudence sur les clauses dites pénales en droit des libéralités », *Recueil Dalloz* 2016, pp. 578 s., Partie III.

s'agit de l'application de ce mécanisme résiduel et exceptionnel qui est l'équité (*Equity*)²⁴, importée dans le droit civil mauricien du droit anglo-saxon²⁵.

Ces dernières années, nous sommes témoins des situations où la Cour de cassation française, en se fondant sur le principe de proportionnalité, s'arroge le pouvoir d'écarter l'application des règles juridiques, pourtant claires et précises²⁶. Il ne pourrait pas s'y agir du contrôle de proportionnalité, car les éléments de ce contrôle ne sont pas connus à l'avance. L'appréciation de la proportionnalité des éléments en question ne se fait pas *in abstracto*, de même façon dans toutes les situations d'un certain genre, mais *in concreto*²⁷, en prenant en considération les circonstances particulières d'une partie au contrat, qui font que l'application de la règle légale serait injuste envers elle.

À titre d'exemple²⁸, dans un arrêt de sa Troisième chambre civile, la Cour de cassation énonce que le principe de proportionnalité empêche les juges du fond d'ordonner la démolition de l'ouvrage et de priver à la fois le constructeur de la valeur de sa prestation, sans vérifier que « *la démolition de l'ouvrage constituait une sanction proportionnée à la gravité des désordres et des non-conformités qui l'affectaient* »²⁹. De plus, la Cour de cassation a eu recours au principe de proportionnalité, ce que certains auteurs regrettent³⁰, dans un arrêt du 16 décembre 2015. Jusqu'à récemment, les clauses dites pénales dans une donation-partage étaient considérées comme efficaces, sauf si elles allaient l'encontre d'une règle d'ordre public et sauf si le demandeur gagnait le procès. Avec l'arrêt du 16 décembre 2015 il sera difficile de deviner la validité d'une clause dite pénale incorporée dans une donation-partage. « *Tout dépendra de la conception qu'aura le juge du fond éventuellement saisi, de l'équilibre des intérêts en cause et, partant, du caractère excessif ou non excessif de l'atteinte au droit d'une partie d'agir en justice* »³¹. Nous pouvons aussi citer un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 1^{er} mars 2017³². Dans cette décision la Cour de

²⁴ À comparer notamment avec : PUIG P., « L'excès de proportionnalité, (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », *RTD civ.* 2016 pp.70 s., Introduction ; MARZAL T., *art. précit.*, Introduction ; Partie I, sous-partie B.

²⁵ Sur l'application du principe d'*Equity* en matière d'usufruit voir notamment : *Marguerite M. J. contre Cesar J. C.* 2008 SCJ 35.

²⁶ PUIG P., *art. précit.* pp.70 s. n° 2.

²⁷ PUIG P., *art. précit.* pp.70 s., Introduction ; CHENEDE F., « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *Recueil Dalloz* 2016 p.796, par n° 4.

²⁸ Pour d'autres exemples, concernant les clauses de non-concurrence, voir : Centre de droit de la concurrence Yves Serra, (équipe d'accueil n° 4216 du CDED), Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme, novembre 2017 - novembre 2018, *Recueil Dalloz* 2018 pp. 2326 s.

²⁹ Civ. 3^{ème}, 15 oct. 2015, n° 14-23.612, *Bull. civ.* III, n° 97 ; PICOD Y., *Rép. civ. Dalloz, Nullité*, juill. 2019, n° 151.

³⁰ LE BRAS Th., *art. précit.*, pp. 578 s., Partie III.

³¹ LE BRAS Th., *art. précit.*, pp. 578 s., Partie III.

³² Civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 2017, n° 15-20.817, *Recueil Dalloz*, 2017, p. 503.

cassation a consacré le droit de retrait judiciaire d'un associé d'un groupement foncier agricole, en dépit du texte de l'article L. 322-23 du Code rural et de la pêche maritime. La Cour énonce qu'il appartient au « *juge saisi d'opérer un contrôle de proportionnalité entre l'objectif poursuivi par la limitation légale du droit de retrait et le respect du droit de propriété de l'associé retrayant* »³³.

Enfin, il est à noter qu'une même situation peut relever ou non du principe de proportionnalité, tel qu'il est défini plus haut, en fonction de la prévisibilité à l'avance des éléments de comparaison. Ainsi, la Cour de cassation française a refusé l'application d'une clause résolutoire dans un contrat de bail commercial, malgré la faute constatée du locataire, parce que cela aurait pour conséquence de priver le locataire de son fonds de commerce (son droit de propriété)³⁴. Cette situation ne relève pas du contrôle de proportionnalité, d'après les critères présentés dans les développements qui précèdent, car rien dans la loi en France ne permet au Juge de comparer la proportionnalité entre, d'une part, la faculté du bailleur de mettre un terme au bail en raison d'une faute du locataire, et, d'autre part, le droit de propriété du locataire. L'appréciation de la proportionnalité se fait *in concreto*, à propos d'un locataire donné, car, les circonstances particulières rendent son expulsion injuste. En revanche, le contrôle de proportionnalité entre les intérêts d'un bailleur et un locataire d'un local commercial non meublé, relève du principe de proportionnalité en droit mauricien, car la *Landlord and Tenant Act* de 1999³⁵ prévoit le contrôle systématique entre les intérêts du locataire et les intérêts du bailleur qui se fait systématiquement lorsqu'il existe une raison permettant l'expulsion du locataire protégé. Certes, les sections 17 et suivantes de la loi énoncent les raisons qui justifient la résolution d'un bail commercial non meublé, conclu avant le 1 juillet 2005³⁶. Il en va ainsi notamment du non-paiement

³³ MEKKI M., Droit des contrats, décembre 2016 - janvier 2018, *Recueil Dalloz* 2018 p. 371.

³⁴ En l'occurrence, le locataire, dans un bail commercial, allait perdre son fonds de commerce, si la clause résolutoire du était mise en œuvre, et elle pouvait l'être, car en raison du non-paiement des charges incombant au locataire. Toutefois, selon la Cour suprême, l'éventualité de la perte de son fonds de commerce était suffisante pour paralyser le jeu de la clause résolutoire, à condition que l'argument est soulevé devant les juges du fond et non, pour la première fois, en cassation (Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2015, n° 14-20.482, *AJDI* 2016. 41).

³⁵ Cette loi a été incorporée dans le droit mauricien par l'Act n° 6/1999 proclamé par la Proclamation n° 11 de 1999.

³⁶ Ainsi, aux termes de la section 3 du *Landlord and Tenant Act 1999* cette loi ne s'appliquera pas aux locaux résidentiels ou commerciaux qui sont loués, de bonne foi, contre un loyer qui inclut le paiement concernant le mobilier, la nourriture ou les équipements. En outre, la loi ne s'appliquera pas non plus aux locaux commerciaux loués après le 1 juillet 2005 ; elle ne s'appliquera pas non plus, après le 31 décembre 2020, aux locaux commerciaux loués avant 1 juillet 2005. – Sur le domaine d'application de la *Landlord and Tenant Act* voir notamment : *Oosman Waqf A. R. N. v Jackaria A. A.* 2009 SCJ 300 ; *Landscape (Mauritius) Ltd v Borsalino Ltd* 2018 SCJ 214 ; *Azumi Ltée v Nuwenborg M. V.* 2017 SCJ 191 et *Sagar Hotels and Resorts Ltd v Sayfoo E.* 2016 SCJ 110.

du loyer³⁷, d'une gêne excessive causée aux voisins du locataire³⁸, du surpeuplement de l'immeuble loué³⁹, de la sous-location illicite⁴⁰, etc. Néanmoins, la résiliation n'est jamais certaine, même s'il existe l'une des causes prévues aux sections 17 et suivantes de la *Landlord and Tenant Act*. Le magistrat comparera toujours le bénéfice de la résiliation pour le bailleur et sa dureté (*hardship*⁴¹) pour le locataire, avant de prononcer ou de refuser de prononcer la résiliation. Le contrôle de proportionnalité est assuré donc dans toutes les situations du genre, et il n'y a aucune surprise pour les parties au bail, car ce contrôle est explicitement prévu à la section 16 de la *Landlord and Tenant Act*. Cette section 16 ajoute à toute cause légale d'expulsion du locataire, prévue aux sections 17 et suivante, un critère vague et très général, que la Cour de district compétente prendra nécessairement en considération avant d'émettre un ordre relatif à l'expulsion du locataire. Le critère en question est *le caractère raisonnable de l'ordre*⁴². Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Begue E. & Anor contre Dabeedin D. & Anor* jugée par la Cour suprême en 2015⁴³, les locataires expulsés contestaient l'ordre du Magistrat ayant jugé l'affaire en première instance, en se fondant sur le caractère déraisonnable de l'ordre d'expulsion. Cependant, selon la Cour suprême de Maurice, l'ordre de la Cour de district est parfaitement raisonnable, et l'expulsion des locataires a été maintenue.

Au demeurant, après avoir étudié deux types de disproportion, présente dans les situations où les éléments de comparaison sont prédéterminés, et touchant

³⁷ Section 17 de la *LTA* – Voir l'arrêt *Rughoodoyal Ramanah v Mrs. Babet Regis* 2008 SCJ 162 où la Cour suprême constate l'absence du non-paiement du loyer.

³⁸ Section 18 de la *LTA* – Sur l'application de cette section voir l'arrêt *A. G. Cheddy Industries Ltd. v The Sugar Industry Pension Fund Board* 2009 SCJ 29.

³⁹ Section 22 de la *LTA*- Voir l'arrêt *Owadally M. I. & Anor v Lim Feng Chow R* 2008 SCJ 21, où la Cour suprême constate que le bâtiment loué était surpeuplé.

⁴⁰ Voir les sections 21 et 28 de la *LTA* – Sur cette faute du locataire voir : *St Nicholas Grammar School Ltd v Arnulphys. & Anor* 2018 SCJ 167 ; *Cactus Limited & Anor v Mandovitrust Company Limited* 2018 SCJ 93 ; *Owadally M. I. & Anor v Lim Feng Chow R* 2008 SCJ 21.

⁴¹ Ce mot a été explicitement utilisé à la section 24 de la *LTA*. Ainsi, aux termes de la section 24 de la *LTA*, la Cour de district peut ordonner au locataire de quitter les lieux si la restitution du local loué est raisonnablement demandée pour l'occupation ou l'usage par lui-même, par sa famille. Le droit du bailleur de récupérer le local loué en vue d'un usage ou une occupation par le ce bailleur n'est pas automatique : la loi autorise la Cour à refuser la restitution du local loué lorsque, eu égard à toutes les circonstances de l'affaire et notamment la disponibilité d'un autre local, permettant l'occupation ou son usage par le bailleur, la restitution du local loué au bailleur serait excessivement préjudiciable au locataire. Pour citer les mots exacts du Législateur mauricien « *greater hardship would be caused to the tenant by granting the order than to the landlord by refusing to grant it* ». – Sur l'application de la section 24 de la *LTA* voir notamment : *Nashib I. v Mrs Leveque M. G. & Ors* 2004 SCJ 322 ; *Bastien A. v Fakim A. (Dr)* 2012 SCJ 449 et *Mohung A. v Murday D.* 2016 SCJ 330.

⁴² Ainsi, dans la version originale de la loi l'on peut lire « *unless the Court considers it reasonable to make the order for the recovery of possession* ».

⁴³ 2015 SCJ 123.

le contrat de façon qui nécessite la répression juridique (première partie), nous analyserons les sanctions qui servent d’outil technique permettant de combattre la disproportion du contrat (seconde partie).

I.- La répression de deux types de disproportion relative au contrat en droit mauricien

Quelques exemples, choisis parmi tant d’autres qu’offre le droit civil mauricien⁴⁴, permettront de démontrer que notre système juridique assure la répression des disproportions quantitatives du contrat (A), d’une part, et celle des disproportions qualitatives du contrat (B), d’autre part.

A.– La répression des disproportions quantitatives

1 – Les dettes ménagères.

Le Code civil mauricien prévoit, dans son article 221, que chaque époux dispose du pouvoir de passer seul les contrats ayant pour objet l’entretien du ménage⁴⁵ ou l’éducation des enfants et que les dettes ainsi contractées seront solidaires⁴⁶. Grâce à ce pouvoir et à l’utilisation du contrat qui en résulte, les époux se procurent de la nourriture, des médicaments et des habits nécessaires à eux-mêmes et à leurs enfants, souscrivent l’abonnement téléphonique ou internet⁴⁷, assurent l’éducation de leurs enfants dans des établissements scolaires privés⁴⁸, payent les vacances de leurs enfants, les font soigner en cas de besoin⁴⁹

⁴⁴ Voir, par exemple, l’article 1674 du Code civil mauricien qui assure la répression des contrats lésionnaires. Force est de constater que la lésion en question révèle l’existence d’une disproportion quantitative du contrat. – En droit français, depuis la modification de l’article L. 441-7 du Code de commerce, la rémunération de certaines obligations, souscrites dans le cadre de relations commerciales, ne doit pas être manifestement disproportionnée (BUY F., « La Sanction de la lésion dans les relations commerciales, A propos de l’article L. 441-7 du Code de commerce modifié par la loi Hamon du 17 mars 2014 », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1333, n° 1).

⁴⁵ Sur l’absence du caractère ménager de la dette : Cass. 1^{ère}, 17 mai 2017, note Casey J., *AJ Famille*, 2017, p. 422 ; note Vergara O., *Gazette du Palais*, n° 41/2017, p. 62 ; Cass. 1^{ère}, 4 juillet 2006, note Chénéde F., *AJ Famille* 2006, p. 329 ; Cass. 1^{ère}, 9 janv. 2008, note Hilt P., *AJ Famille* 2008, p. 128 – Sur le caractère ménager de la dette envers la femme de ménage de la famille : Cass. soc. 8 juin 2005, note Chénéde F., *AJ Famille* 2005, p. 324 ; *Recueil Dalloz*, 2005, p. 2509.

⁴⁶ FENOUILLET D., *Droit de la famille*, Dalloz, 4^{ème} éd. 2019, pp. 137-138, n° 144 ; TERRE F. SIMLER Ph., *Régimes matrimoniaux*, Dalloz 8^{ème} éd. 2019, pp. 58 s., n° 68 s.- Voir : AVENA-ROBARDET V., L’article 220 du Code civil joue les trouble-fêtes, *AJ Famille* 2011, p. 515.

⁴⁷ KARM A., *Mariage. - Régime matrimonial primaire. – Autonomie des époux (C. civ., art. 220 à 225)*, Jurisclasseur Code civil, art. 216 à 226, fasc. 20, décembre 2012, n° 23.

⁴⁸ CA Bordeaux 27 nov. 1996, *JCP G* 1997, I, 4047.

⁴⁹ Cass. 2^{ème}, 10 juillet 1996, *JCP G*, 1997, I, 4008.

etc⁵⁰. La solidarité des dettes contractées par un époux seul est possible grâce à la proportionnalité entre le contrat passé par cet époux et l'intérêt de la famille incarné dans l'entretien du ménage et l'éducation des enfants⁵¹. En revanche, la solidarité des dettes ménagères sera exclue lorsqu'elles résultent d'un contrat jugé dangereux pour les finances du ménage⁵².

Il est aisé d'observer que la solidarité des dettes ménagères sera exclue lorsqu'il existe une disproportion, quantitative ou qualitative, entre le contrat conclu par un époux seul et l'intérêt de la famille. Aux termes de l'article 221 alinéa 1 du Code civil mauricien, la disproportion entre le contrat et l'intérêt de la famille sera quantitative, exprimable en argent, en cas de caractère *manifestement* excessif de la dette issue du contrat par rapport au train de vie⁵³ du ménage, c'est-à-dire par rapport aux ressources financières de la famille⁵⁴. Le contrat se montrera donc quantitativement disproportionné « *toutes les fois qu'il apparaîtra, d'un point de vue purement économique, inopportun parce que déraisonnable au regard de la situation financière de celui qui l'aura conclu* »⁵⁵. Cette disproportion démontre le lien indissoluble qui existe entre le contrat et son milieu en droit mauricien. Comme dans beaucoup d'autres cas de disproportion quantitative du contrat réprimés par le droit mauricien⁵⁶, à l'exception, par exemple, de la disproportion proscrite à l'article 1674 du Code civil⁵⁷, il n'est pas possible de fixer à l'avance le seuil au-delà duquel la disproportion sera sanctionnée⁵⁸.

⁵⁰ TERRE F., SIMLER Ph., *op. cit.* p. 60, n° 69 ; YILDIRIM G., Rép. civ. Dalloz, *Communauté légale, Répartition des dettes*, oct. 2008, n° 60.

⁵¹ Pour un exemple de proportionnalité entre le montant du prêt et le train de vie de la famille en question : Cass. 1^{ère}, 3 juin 2003, *AJ Famille* 2003, p. 314 – Sur la preuve du caractère manifestement disproportionnée de la dette eu égard au train de vie du ménage : Cass. 1^{ère}, 10 mai 2006, note Chénéde F., *AJ Famille* 2006, p. 292 .

⁵² REVEL J., *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2018, p. 39, n° 58.

⁵³ PETERKA N., *Régimes matrimoniaux*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2018, pp. 95-96, n° 179 ; YILDIRIM G., *Rép. précit.* n° 69 - Sur un nouveau cas de répression de la disproportion manifeste entre les dettes du ménage et son train de vie introduit par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2013 *Vide*, Solidarité ménagère, *AJ Famille*, 2014, p. 211.

⁵⁴ BAKOUCHE D., *thèse précit.*, p. 80, n° 79 ; Cass. 1^{ère}, 10 mai 2006, note F. Chénéde, *AJ Famille*, 2006, p. 292.

⁵⁵ BAKOUCHE D., *thèse précit.*, p. 81, n° 81.

⁵⁶ Il en va ainsi, par exemple, de l'absence de cause sérieuse.

⁵⁷ Voir notamment : DELEBECQUE Ph., COLLART DUTILLEUL F., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 11^{ème} éd. 2019, pp. 171-172, n° 157 ; PUIG P., *Contrats spéciaux*, Dalloz, 7^{ème}, 2017, p. 277, n° 284 ; BOURDELOIS B. *Droit des contrats spéciaux*, Dalloz 4^{ème} éd. 2017, p. 28.

⁵⁸ BAKOUCHE D., *thèse précit.*, p. 83, n° 85 ; p. 85, n° 88 – Sur le pouvoir d'appréciation souveraine du Juge quant au caractère manifestement excessif d'une dette ménagère : Cass. 1^{ère}, 5 oct. 2016, note Leick A., *Gazette du Palais*, n° 1/2017, p. 54.

2 – La cause sérieuse

Les articles 1131 à 1133 du Code civil mauricien traitent de la cause de l'engagement contractuel, qui doit exister, être sérieuse et licite⁵⁹. L'inexistence et le manque de sérieux de la cause se soldent par une nullité du contrat⁶⁰. Etant donné que dans les contrats synallagmatiques à titre onéreux les obligations principales d'une partie constituent la cause des obligations équivalentes de l'autre⁶¹, l'absence de cause ou la cause manquant de sérieux révèle que les obligations d'une partie n'ont aucune valeur financière⁶² ou que leur valeur est dérisoire⁶³. En d'autres termes, l'absence de cause et la cause dérisoire⁶⁴ mettent en exergue une disproportion quantitative (économique) excessive entre les

⁵⁹ Sur la suppression de la cause dans le Code civil français : CHENEDE F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations-innovations-perspectives*, Dalloz, 2^{ème} éd. 2018, pp. 67-68, par. n° 123. 181 s. ; TRANCHANT L., EGEA V., *Droit des obligations*, Dalloz, 23^{ème} éd., 2018, pp. 42 s. ; CABRILLAC R., *Droit des obligations*, Dalloz, 13^{ème} éd. 2018, pp. 81 s. ; AUBERT J. - L., COLLART-DUTILLEUIL F., *Le contrat. Droit des obligations*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2017, pp. 89 s. ; ALBIGES Ch., DUMONT-LEFRAND M. – P., *Droit des sûretés*, Dalloz, 7^{ème} éd. 2019, pp. 71 s. MEKKI M., « L'Ordonnance n° 2016-131, du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *Recueil Dalloz* », 2016, pp. 494 s. n° 18 ; TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd. 2019, pp. 165 s. n° 129 s. ; WICKER G., « La Suppression de la cause et les solutions alternatives », in *La Réforme du droit des obligations en France, 5^e journées franco-allemandes*, Société de Législation Comparée, 2015, pp. 107 s. ; ANSAULT J. – J., « La Validité du contrat », *Journal des sociétés*, n° 118/2014, pp. 22 et 26 ; FERRIER N., « Le Renforcement du rôle du juge dans la détermination et la révision du contenu du contrat », in *La Réforme du droit des obligations en France, 5^e journées franco-allemandes*, Société de Législation Comparée, 2015, p. 74 ; HOUTCIEFF D., « Le Contenu du contrat », in *Pour une réforme du droit des contrats, sous la direction de François Terré*, Dalloz, 2009, pp. 198 s.

⁶⁰ Sur la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative voir : JUBAULT Ch., compte rendu de MARCOU P., *Les remèdes à l'invalidité contractuelle*, thèse Montpellier 2018, *RTD civ.* 2019 p.442.

⁶¹ CAPITANT, *De la cause des obligations*, Librairie Dalloz, 1924, pp. 17-19 ; 43 ; MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, tome premier : La notion d'équivalence en matière contractuelle*, Jouve & Cie, Editeurs, 1920, pp. 32 ; 38.

⁶² Cass. com. 23 oct. 2013, note Fages B., *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2013, p. 112 ; MAZEAUD D., La Cause, une notion dans le vent..., *Recueil Dalloz*, 2013, pp. 686 s.

⁶³ Cass. 3^{ème}, 21 sept. 2011, note Savaux E., *Revue des Contrats*, n° 1/2012, p. 47 ; note Seube J.-B., *Revue des Contrats*, n° 1/2012, p. 130 - Cass. com. 8 fév. 2005, note Mazeaud D., *Revue des Contrats*, n° 3/2005, p. 684 ; GRIMALDI C., « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots », *Recueil Dalloz* 2015, p. 814, n° 2 ; BARRET O., Rép. civ. Dalloz, *Vente : formation*, janv. 2007, nn° 515 et 516.

⁶⁴ Dans l'arrêt *Ramdene M & Cie a Anor v Dolphin Coast Marine Estate Limited* 2018 SCJ 222, la Cour suprême a rejeté la prétention de l'appelant que le prix de 4.500.000 dollars américains avait le caractère dérisoire : « *We find no merit in the arguments that the arbitrator erred in rejecting the computation of the figures on behalf of the appellants with regard to the value of the land or that the arbitrator should have found the price of USD 4.5 million to be derisive* ». – Voir aussi : *Compagnie de Beau Vallon Limitée & Ors v The Registrar General* 2010 SCJ 423.

obligations principales des parties que le droit mauricien sanctionne par une nullité du contrat⁶⁵.

Ainsi, si dans un contrat la promesse de cession d'un autre contrat constitue la cause de l'obligation de l'autre partie de verser le prix, l'impossibilité de la cession évoquée ci-dessus privera le contrat de cession de sa cause⁶⁶ et entraînera sa nullité. Cette nullité s'explique par une disproportion du contrat de nature quantitative que le droit mauricien estime insupportable. En effet, il est difficile de justifier le maintien du contrat de cession lorsque l'obligation de céder le contrat est irréalisable et n'a, par conséquent, aucune valeur économique. La cause sérieuse fera défaut et le contrat de bail sera déclaré nul lorsque le loyer convenu pour la location d'une propriété de 53 hectares à usage à golf s'élève à 1 000 roupies par mois⁶⁷. En l'occurrence, la disproportion quantitative entre les obligations principales des contractants est si prononcée qu'elle devient répréhensible aux yeux du droit mauricien, qui la sanctionnera par une nullité du contrat. Pour constater l'existence de la disproportion quantitative mentionnée ci-dessus « *il suffit concrètement de peser la valeur objective des prestations réciproques* »⁶⁸. Néanmoins, force est de constater qu'il n'est pas aisé de déterminer le seuil à partir duquel la disproportion quantitative du contrat, qualifiée d'absence de cause sérieuse, appelle une sanction⁶⁹. « Précisément, il est des cas dans lesquels aucun seuil n'est à l'avance déterminé de façon intangible pour caractériser, d'un point de vue quantitatif » la disproportion du contrat⁷⁰. Il appartiendra donc au Juge d'apprécier l'existence ou l'inexistence de la disproportion quantitative répréhensible⁷¹.

3 – Clause pénale

En droit mauricien, « *la clause pénale est celle par laquelle les contractants évaluent par avance les dommages-intérêts dus par le débiteur, en cas de retard*

⁶⁵ Vide : GEORGIJEVIC G., *La Prise en compte des motifs en droit comparé des contrats (droits français, serbe et anglais)*, thèse dactylographiée, Université Montesquieu- Bordeaux IV, 2012, p. 54.

⁶⁶ Civ. 30 déc. 1941, *Recueil Dalloz*, 1942, p. 98.

⁶⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 27 avril 1976, *Bull. civ.* 1976, III, n° 176.

⁶⁸ BAKOUCHE D., *thèse précit.*, p. 96, n° 100.

⁶⁹ Comp. avec : BAKOUCHE D., *thèse précit.*, pp. 97 s., nn° 100 s.

⁷⁰ BAKOUCHE D., *thèse précit.*, p. 98, n° 102.

⁷¹ Si, par exemple, une bague valant 3.000.000 roupies a été vendue pour 700.000 roupies, en raison d'une erreur d'étiquetage, il est probable que la Cour suprême de Maurice, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de cassation en tant que *persuasive authority*, refusera la nullité pour absence de cause (Cass. 1^{ère} civ. 4 juillet 1995, n° de pourvoi : 93-16. 198). Le prix payé sera déclaré sérieux et l'obligation du vendeur aura une cause sérieuse.

ou d'inexécution »⁷². La clause pénale est *un forfait*⁷³, c'est à dire une somme définitivement fixée par les parties au contrat⁷⁴ (article 1152 alinéa 1 du Code civil mauricien). Toutefois, le deuxième alinéa de l'article 1152 du Code dispose que le montant de la clause pénale peut être *augmenté* ou *modéré*⁷⁵, s'il est manifestement dérisoire ou excessif⁷⁶ et cette règle est d'ordre public⁷⁷. Les rédacteurs du Code civil mauricien demeurent taiseux sur la question de savoir à l'aune de quoi doit s'apprécier le caractère manifestement élevé ou bas d'une clause pénale. En réalité, pour l'exercice de son pouvoir modérateur, le Juge mauricien ne doit tenir compte que de la disproportion entre l'importance du préjudice effectivement subi et le montant conventionnellement fixé⁷⁸, ce qui a été rappelé à l'arrêt de la Cour suprême de Maurice *Vallet vs Mauritius Southern Hotels Ltd*⁷⁹. Il est évident que les clauses pénales manifestement disproportionnées déclenchent la répression d'une disproportion⁸⁰ jugée intolérable en droit mauricien. La disproportion proscrite est de nature

⁷² TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *Droit civil, Les Obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2019, p. 957, n° 887 – En même sens : – *Vide* les arrêts de la Cour suprême de Maurice *The Sun Trust vs State of Mauritius* rendu en 2004 (SCJ 9) et *Permal D. vs The Standard Carton Enterprise Ltd.* rendu en 2002 (SCJ 92).

⁷³ TRANCHANT L., EGEE V., *Droit des obligations*, Dalloz, 23^{ème} éd. 2018, p. 106.

⁷⁴ Dans l'arrêt *Norton vs Public Service Commission* rendu en 1985 (MR 97 et MR 108), la Cour suprême de Maurice rappelle qu'une pénalité dont le montant n'est pas fixé ne peut être qualifiée de clause pénale.

⁷⁵ Cass. soc. 5 mars 2014, note Barbier H., *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2014, p. 644 ; Cass. 3^{ème}, 24 sept. 2008, note Mazeaud D., *Revue des Contrats*, n° 1/2009, p. 60 ; MESTRE J., Les Critères de l'excès manifeste au sens de l'article 1152 du Code civil, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1997, p. 654.

⁷⁶ *The Sun Trust vs the State of Mauritius* 2004 SCJ 9 ; TRANCHANT L., EGEE V. *op. cit.*, p. 107 ; AUBERT J. – L., COLLART DUTILLEUL F., *Le contrat. Droit des obligations*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2017, p. 122 ; ANCEL P. *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 1^{ère} éd. 2018, p. 231 ; PIMONT S., *Clause pénale*, Rép.civ. Dalloz, avril 2010, actualisé sept. 2019, nn° 78 s. ; Cass. 6 déc. 2017, *AJ Contrat* 2018, p. 39 ; MAZEAUD D., « Qualification de clause pénale : encore et toujours », *Recueil Dalloz* 2016, p. 1628 ; Cass. com. 14 juin 2016, note Moreil S., *Gazette du Palais*, n° 33/2016, p. 65 – Voir aussi : CA Aix-en-Provence, 5 nov. 2010, *Revue des contrats*, n° 3/2011, p. 822.

⁷⁷ La révision du montant de la clause pénale est possible en droit mauricien depuis la réforme du Code civil de 1983.

⁷⁸ MESTRE J., « A Quel moment le juge doit-il se placer pour apprécier si la peine convenue est manifestement excessive ou dérisoire au sens de l'article 1152, alinéa 2, du Code civil ? », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1999, p. 97.

⁷⁹ 1990 (SCJ 380). En même sens : *The Sun Trust vs the State of Mauritius* 2004 SCJ 9, où il a été rappelé que la comparaison faite en vertu de l'article 1152 alinéa 2 est une comparaison objective. Il n'est pas inutile de mentionner que les juges sont tenus de justifier leur décision, c'est à dire d'expliquer en quoi le montant de la clause pénale est excessivement élevé ou bas. De plus, si le Juge augmente le montant de la clause pénale, il n'est pas tenu de le hausser de façon qu'il soit égal au préjudice subi par le débiteur. À l'inverse, s'il réduit le montant de la clause pénale, le Juge ne doit pas nécessairement le ramener à la valeur du préjudice subi par le créancier.

⁸⁰ Cass. 1^{ère}, 1^{er} déc. 2010, note B. Fages, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2011, p. 122.

quantitative, elle résulte de la comparaison du montant du préjudice effectivement subi avec le montant fixé dans la clause.

4 – Cautionnement

En droit mauricien, « *le contrat de cautionnement se définit comme un contrat unilatéral par lequel la caution s'engage envers un créancier (...) à exécuter l'obligation du débiteur au cas où ce dernier ne le ferait pas* »⁸¹. Aucun texte en droit mauricien, que ce soit le Code civil ou une loi rédigée en anglais⁸², ne consacre l'exigence de la proportionnalité entre le montant au paiement duquel s'est engagée la caution en tant que garant et ses facultés de remboursement. Certes, la Cour suprême de Maurice pourrait envisager de sanctionner des cautionnements disproportionnés et décider que le créancier « *est tenu d'une obligation de bonne foi (C. Nap. Art. 1134 al. 3), à laquelle il manque en acceptant un cautionnement disproportionné* »⁸³. Or, il n'en est rien pour l'instant. Dans son arrêt *Bramer Banking Corporation Ltd vs Garrioch A. M. V. & Anor* de 2014⁸⁴, la Cour suprême de Maurice écarte la demande de deux personnes, qui étaient à la fois les actionnaires et directeurs du débiteur principal⁸⁵, de sanctionner la disproportion quantitative (mathématique) entre le montant garanti et les ressources financières des cautions⁸⁶. La Cour énonce que le Code civil mauricien n'oblige pas la banque à examiner la capacité de paiement de la caution⁸⁷. En l'occurrence, notre Cour ne cite que l'arrêt *Macron* de la Cour de cassation du 17 juin 1997⁸⁸, qui engage la responsabilité civile du créancier⁸⁹ ayant fait souscrire à un dirigeant social (caution avertie) un cautionnement

⁸¹ DONDERO B., SEUBE J. – B., *Manuel de droit bancaire mauricien*, Lextenso éditions, 2012, p. 115, n° 195.

⁸² La section 9 (1) du *Borrower Protection Act* 2007 oblige le prêteur à vérifier au préalable si le bénéficiaire du prêt possède des moyens suffisants pour le rembourser (« *the means to repay the amount* »).

⁸³ DONDERO B., SEUBE J.-B., *op. cit.*, pp. 151-152, n° 275.

⁸⁴ 2014 SCJ 127.

⁸⁵ “*The undisputed facts are that the two defendants, shareholders and directors of a defunct company (...) stood as surety (...) to obtain an overdraft facility of Rs 1. 5 M*”.

⁸⁶ La Cour fédérale de justice en Allemagne (BGH) a pris la même position en 1993 mais a été désapprouvée par le Tribunal constitutionnel allemand (BverG) (ANCEL P., Sur une application de l'idée de proportionnalité dans le droit des contrats allemand et autrichien, *Revue des Contrats*, n° 1/2003, n° 1).

⁸⁷ “*At no time under the Civil Code is there the responsibility of the bank to scrutinize the capacity of the surety to pay. Since the defendants have put themselves forwards as guarantors, being themselves directors of the company seeking for banking facility, they have projected themselves as persons the means to pay the debt of the company and under our law, the bank has no obligation to scrutinize their financial capacity*”.

⁸⁸ Cass. com. 17 juin 1997, n° de pourvoi 95-14. 105.

⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ. 20 déc. 2007, note Avena-Robardet V., *Recueil Dalloz*, 2008, p. 287.

disproportionné par rapport aux ressources financières de ce dernier⁹⁰, en constatant qu'il n'est pas applicable à notre droit. Cependant, il convient de préciser que notre Cour s'aligne sur la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation française telle qu'elle résulte de l'arrêt *Nahoum* du 8 octobre 2002⁹¹, même si cet arrêt a été ignoré dans le raisonnement juridique de notre Cour suprême. En l'occurrence, la Cour de cassation a refusé de sanctionner la disproportion entre le montant du cautionnement et les ressources financières de la caution-dirigeant social étant donné que cette dernière était bien impliquée dans les opérations du débiteur principal, ce qui lui valait la qualification de caution avertie⁹². La seule hypothèse où la disproportion évoquée plus haut serait sanctionnée est celle où la banque garantie aurait « sur les revenus de la caution, son patrimoine, ses facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération cautionnée, des informations que la caution aurait elle-même ignorées »⁹³. En réalité, la jurisprudence *Nahoum* permet de sanctionner les cautionnements disproportionnés en cas de silence fautif de la banque sur le succès de l'opération cautionnée⁹⁴.

Les arrêts *Macron* et *Nahoum* permettent d'affirmer que le principe de proportionnalité⁹⁵ reste de mise dans les cautionnements fournis par les cautions autres que les dirigeants sociaux et les cautions averties en général⁹⁶. De telles

⁹⁰ SIMLER Ph., *Cautionnement. – Effets. – Rapports entre créancier et cautions. – Obligations d'information et responsabilité du créancier*, Juriclasseur Code civil, Fasc. 40, mars 2013, n° 76 ; LEGEAIS D., *Cautionnement. – Mise en œuvre*, Juriclasseur commercial, Fasc. 381, janvier 2014, n° 62.

⁹¹ Cass. com. 8 oct. 2002, note Leveneur L., *Contrats, Concurrence, Consommation*, n° 2/2013, comm. 20 – En même sens : Cass. com. 17 déc. 2003 (2^{ème} espèce), note Casey J., *La Semaine Juridique Ed. G*, n° 19/2004, II, 10072, nn° 2 et 3.

⁹² Cass. com. 8 oct. 2002, n° de pourvoi : 99-18. 619 ; LEGROS J.-P., refondu par ANSAULT J. – J., *Cautionnement des sociétés par leurs dirigeants ou leurs associés. – Qualification et formation*, Juriclasseur commercial, fasc. 378, janvier 2013, n° 94 ; SIMLER Ph., *Fasc. précit.*, n° 77 – En même sens : Cass. com. 11 juin 2003, n° de pourvoi 99-18. 714.

⁹³ LEGROS J.-P., refondu par ANSAULT J. – J., *Fasc. précit.*, n° 94.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ Sur le domaine d'application du principe de proportionnalité du cautionnement en droit français actuel : ALBIGES Ch., DUMONT-LEFRAND M. – P., *Droit des sûretés*, Dalloz, 7^{ème} éd. 2019, pp. 76 s., n° 181 s. ; SEUBE J.-B., *Droit des sûretés*, Dalloz, 9^{ème} éd. 2018, pp. 106 s., n° 163 ; PASQUALINI F., MARAIN G. Rép. com. Dalloz, *Responsabilité du banquier dispensateur de crédit de l'entreprise*, fév. 2019, n° 198 – Sur le moment de l'évaluation de la proportionnalité du cautionnement en droit français actuel : Com. 17 oct. 2018, n° 17-21.857, note Crocq P., *RTD civ.* 2019 p.154, DUMONT-LEFRAND M.-P., « Cautionnement : du formalisme au principe de proportion, de Charybde en Scylla », *Recueil Dalloz* 2018 pp. 392 s. – Sur d'autres questions contemporaines liées à la disproportionnalité du cautionnement : GALLOIS J., « L'influence du régime matrimonial adoptée par la caution dirigeante dans l'appréciation du caractère disproportionné de son engagement », *Recueil Dalloz* 2018 pp. 1851 s.

⁹⁶ Il s'agit de cautions profanes (LEGEAIS D., *Fasc. précit.*, n° 62). – *Vide* aussi, Cass. com. 17 déc. 2003, note Casey J., *La Semaine Juridique Ed. G*, n° 19/2004, II, 10072, nn° 4 s.

cautions ne sont pas en mesure, à la différence des cautions averties, « *d'apprécier les chances de réussite de l'opération garantie* », étant donné qu'elles restent extérieures « *au processus décisionnel* »⁹⁷. La Cour de cassation n'a pas manqué de souligner cette survie du principe de proportionnalité en dehors des cautionnements fournis par les cautions averties⁹⁸. Il n'est donc pas impossible que notre Cour suprême applique une solution contraire à celle énoncée à l'arrêt *Bramer Banking Corporation Ltd vs Garrioch A. M. V. & Anor* de 2014⁹⁹ à la caution non avertie¹⁰⁰ qui invoquerait une disproportion quantitative (mathématique)¹⁰¹ entre deux points de comparaison, qui sont le montant garanti par la caution et ses ressources financières¹⁰². Cela contribuerait à élargir le domaine du principe de proportionnalité en droit mauricien des contrats¹⁰³.

Outre ces répressions des disproportions quantitatives du contrat démontrées plus haut, le droit civil mauricien assure aussi la répression des disproportions qualitatives du contrat.

⁹⁷ LEGROS J.-P., refondu par ANSAULT J. – J., *Fasc. précit.*, n° 94.

⁹⁸ Ainsi, une caution non dirigeante (un associé) dont le patrimoine valait 600.000 francs et qui percevait une pension de retraite de 150.000 francs par ans pouvait prétendre à la mise en œuvre de la responsabilité civile du créancier qui lui avait fait souscrire un cautionnement dont le montant final s'est élevé à 9.400.000 francs environ. (Cass. 1^{ère}, 9 juillet 2003, n° de pourvoi : 01-14. 082) – De même, la concubine d'un dirigeant social, associée dans la société en question, pouvait se prévaloir du caractère disproportionné du cautionnement (Cass. com. 6 fév. 2007, n° de pourvoi : 04-15. 362).

⁹⁹ 2014 SCJ 127.

¹⁰⁰ Sur la notion de caution non avertie : Cass. com. 29 nov. 2017, note Juillet Ch., *Revue des sociétés*, 2018, p. 231.

¹⁰¹ Il n'y a pas de telle disproportion lorsque le montant de l'engagement de la caution ne dépasse pas la valeur de ses biens et revenus (Cass. com. 28 fév. 2018, note Mégret G., *AJ Contrat*, 2018, p. 192.

¹⁰² Cass. 21 nov. 2018, note Houtcieff D., *AJ Contrat* 2019, p. 43 ; Cass. com. 17 oct. 2018, note Bougerol L., *AJ Contrat*, 2018, p. 544 ; note Crocq P., *RTD civ.* 2019, p. 154 ; note Bourassin M., *Gazette du Palais*, n° 7/2019, p. 61 ; Cass. com. 5 sept 2018, note Houtcieff P., *AJ Contrat* 2018, p. 493 ; Cass. com. 15 nov. 2017, note Cabrillac S., *Defrénois*, n° 22/2018, p. 43 ; Cass. com. 13 sept. 2017, note Martial-Braz N., *Revue des sociétés*, 2018, p. 23 ; Cass. com. 17 déc. 2003, note Casey J., *La Semaine Juridique Ed. G*, n° 19/2004, II, 10072, n° 8 ; NICOLLE M., « Retour sur la proportionnalité du cautionnement souscrit par un époux marié sous le régime légal », *Recueil Dalloz*, 2019, pp. 498 s. ; DUMONT-LEFRAND M. – P., « Cautionnement : du formalisme au principe de proportion, de Charybde en Scylla », *Recueil Dalloz*, 2018, pp. 392 s. notamment Partie II ; CABRILLAC S., « Cautionnement et exigence de proportionnalité : charge et objet de la preuve de la possibilité pour la caution de faire face à ses obligations », *Defrénois*, n° 9/2015, p. 490 – Comp. avec : PIETTE G., Rép. civ. *Cautionnement*, juin 2016, n° 175.

¹⁰³ Pour une idée similaire : BREMOND V., BOURASSIN M., *Droit des sûretés*, Sirey 6^{ème} éd. 2017, p. 29, n° 45.

B.- La répression des disproportions qualitatives

1 – Dettes ménagères

Dans certains cas, la solidarité des dettes ménagères est écartée en droit mauricien en raison de la disproportion qualitative entre le contrat conclu par un époux seul et l'intérêt de la famille. Il en va ainsi des dettes issues du contrat qui seraient « manifestement excessives eu égard à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération »¹⁰⁴ (article 221 alinéa 2 du Code civil mauricien). En l'occurrence, la dette n'est pas manifestement excessive par rapport au train de vie de la famille et aucune disproportion quantitative entre le contrat et l'intérêt de la famille ne peut être décelée. En revanche, il y a disproportion qualitative entre ces deux points de comparaison, car l'inutilité manifeste de l'opération contractuelle pour la famille génère une disproportion répréhensible entre le contrat et l'intérêt de la famille¹⁰⁵. Par conséquent, la solidarité des dettes issues de ce contrat manifestement inutile sera écartée. L'inutilité manifeste doit, à notre avis, être comprise comme l'absence de toute utilité sérieuse, ce qui est une question de fait abandonnée à l'appréciation souveraine des Juges.

2 – Violence

Les articles 1111 et 1112 du Code civil mauricien énoncent la nullité relative du contrat lorsque la violence est de nature à faire impression sur une personne raisonnable et peut lui inspirer la crainte d'exposer sa fortune ou sa personne à un mal considérable et présent¹⁰⁶. La crainte évoquée ci-dessus doit être suffisamment grave, ce qui doit être apprécié *in concreto*¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Cass. 1^{ère}, 17 déc. 2014, note Terrier E., *Gazette du Palais*, n° 43/2015, p. 11 – Voir aussi : DAURIAC I., « Etats généraux du droit de la famille – Les couples à l'épreuve de la solidarité ménagère », *Gazette du Palais*, n° 346/2008, pp. 18 s. partie II, sous-partie A.

¹⁰⁵ Comp. avec : BAKOUCHE D., *thèse précit.*, p. 88, n° 91 – Comp avec : SOULEAU-TRAVERS A., « Solidarité légale entre époux et entre partenaires d'un P.A.C.S. », *Deffrénois*, n° 9/2002, pp. 569 s., partie I, sous-partie B, 1.

¹⁰⁶ MEKKI M., *Droit des contrats*, chr. janv. 2016 – janv. 2017, *Recueil Dalloz*, 2017, pp. 375 s. Parti I, sous-partie B, 2, c ; Cass. com. 28 janv. 2014, note Barthez A.-S., *Revue des Contrats*, n° 3/2014, p. 409 ; Cass. civ. 3^{ème}, 13 janv. 1999, Bull. civ., III, p. 7, n° 11 – Sur l'inexistence du vice de violence, en dépit du harcèlement moral constaté : Cass. soc. 23 janv. 2019, note. Mouly J., *Dr. social* 2019, p. 268 – Voir aussi : CATTALANO-CLOAREC G., « La validité du contrat », *AJ Contrat*, 2018, p. 257 ; ROGUE F., « Abus de dépendance : la « réforme de la réforme » du droit des contrats a-t-elle accouché d'une souris ? » *Recueil Dalloz*, 2018, pp. 1559 s.

¹⁰⁷ TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *op. cit.*, p. 352, n° 315 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 avril 1986, Bull. civ. I, n° 98 ; Cass. 1^{ère}, 3 nov. 1959, D. 1960, p. 187 ; Cass. soc. 5 juill. 1965, Bull. civ. IV, n° 545.

Lorsqu'un contractant a contracté sous l'emprise d'une menace constitutive de la violence pouvant être soit physique¹⁰⁸, soit morale¹⁰⁹, soit dirigée vers les biens de la victime¹¹⁰, on assiste à une disproportion qualitative entre le consentement donné par la victime et son consentement réel¹¹¹. Le droit mauricien réprimera cette disproportion qualitative du contrat en raison du caractère intolérable de la pression exercée sur le consentement de la victime. L'intolérance du droit mauricien envers la menace résulte de son caractère *illégitime*¹¹². En réalité, il existe souvent des disproportions entre le consentement réel d'un contractant et le consentement qu'il exprimée. Dans la plupart des cas, le droit civil mauricien ne sanctionnera pas ces disproportions étant donné qu'elles résultent des disparités entre les intelligences des parties, leurs forces du caractère et leurs habiletés. Or, la disproportion que font apparaître les articles 1111 et suivants du Code civil mauricien est sanctionnée en raison du caractère excessif et odieux de la pression qu'a mise un contractant sur le consentement de l'autre.

3 – Dol

Le dol, régi à l'article 1116 du Code civil mauricien, constitue une cause de nullité des contrats lorsque sans les manœuvres pratiquées par une partie¹¹³ l'autre n'aurait pas contracté ou n'aurait pas contracté dans les mêmes conditions¹¹⁴. Le dol se définit en droit mauricien comme toute tromperie par laquelle un contractant provoque chez son partenaire une erreur¹¹⁵, qui détermine¹¹⁶ celui-ci à contracter¹¹⁷.

¹⁰⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 12 janv. 1994, n° de pourvoi : 90-17660.

¹⁰⁹ TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *op. cit.*, p. 350, n° 312 ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 2003, n° de pourvoi : 00-18369.

¹¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2003, n° de pourvoi : 99-21348 ; Cass. civ. 3^{ème}, 21 nov. 1995, n° de pourvoi : 93-19885

¹¹¹ Faute de violence, la victime n'aurait pas contracté ou aurait contracté dans des conditions plus favorables.

¹¹² A propos du caractère illégitime de la menace les juges de la Haute juridiction française énoncent (Cass. civ. 9 avril 1913, D. P., 1917, I, p. 103) : « *Si la menace de provoquer une poursuite criminelle ne peut constituer par elle-même un motif d'annulation d'un engagement, il en est autrement si ce moyen d'intimidation a été mis en œuvre pour obtenir la signature d'une obligation sans cause légitime sérieuse* » – *Vide* aussi : Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 2003, *arrêt précit.* – En revanche, la « menace » de ne pas remettre un chèque de presque 1.000.000 francs à une dame si celle-ci ne donne pas mainlevée des inscriptions hypothécaires est jugée légitime (Cass. civ. 3^{ème}, 27 janv. 1999, n° de pourvoi : 96-20297).

¹¹³ Cass. 3^{ème}, 5 juillet 2018, note Jourdain P., *RTD civ.* 2018, p. 911.

¹¹⁴ Sur le dol incident *Vide*, Cass. 1^{ère}, 28 mai 2008, note. Mazeaud D., *Revue des Contrats*, n° 4/2008, pp. 1118 s. ; Cass. com. 30 mars 2016, note Lecourt A., *RTD com.* 2016, p. 817.

¹¹⁵ Cass. com. 9 janv. 2019, note Allain T., *Rev. Sociétés*, 2019, p. 176.

¹¹⁶ Cass. com. 26 avril 2017, note Ansault J. – J., *Revue des sociétés*, 2017, p. 700.

¹¹⁷ *Pyndiah P. vs Parasuramen R. & Anor* 2014 SCJ 356 ; *Ah Sien Q. S. vs Ah Sien Q. S. & Anor* 2007 SCJ 28 ; *Jean Pierre vs Babajee* 2001 SCJ 192 ; *Dookhurrun C. and Ors. vs Kodai R.* 2004 SCJ 181 ; *Heeramun V. vs Albatross Insurance* 2002 SCJ 240 ; *Annunto C. vs Ujoodha M.* 2013

Le contrat entaché de dol révèle une disproportion répréhensible entre le consentement donné par un contractant et son consentement réel. La disproportion devient intolérable parce que l'exploitation d'une erreur de son partenaire constitue un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi¹¹⁸. Par conséquent, la disproportion décrite plus haut étant odieuse, le droit civil mauricien la sanctionne par une nullité relative (article 1116 du Code civil) quel que soit l'objet de l'altération de la volonté¹¹⁹ : l'erreur de la victime du dol peut porter non seulement sur la substance d'une chose et sur la personne de l'autre partie, mais aussi sur la valeur ou sur les motifs de la victime¹²⁰.

4 – Erreur sur la substance et erreur sur les qualités substantielles de la chose

Aux termes de l'article 1110 du Code civil mauricien, l'erreur est une cause de nullité du contrat¹²¹ lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui

SCJ 415 ; *Baligadoo U. M. vs State Bank of Mauritius* 2016 SCJ 44 – Le dol est composé d'un élément matériel, d'un élément intentionnel et d'une erreur. Pour plus de détails *Vide* : FLOUR J., AUBERT J. - L., SAVAUX E., *Les Obligations, I. L'Acte juridique*, Sirey, 16^{ème} éd., 2014, pp. 212 s., n° 211 s. ; TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *op. cit.*, pp. 334, n° 295 s. ; Cass. 1^{ère} civ. 11 sept. 2012, note Savaux E., *Revue des Contrats*, n° 1/2013, p. 62 ; Cass., 1^{ère}, 3 juil. 2008, n° de pourvoi : 07-12337 ; Cass. soc. 22 janv. 2008, n° de pourvoi : 06-43519 ; Cass. com. 9 oct. 2007, n° de pourvoi : 05-22023 ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 sept. 2008, n° de pourvoi : 07-15377 ; Cass. com. 14 mai 2008, n° de pourvoi : 06-21108 ; Cass. civ. 3^{ème}, 2 oct. 2007, n° de pourvoi : 06-14725 ; Cass. com. 3 avril 2007, n° de pourvoi : 05-17168 ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 janv. 1971, Bull. civ. III, p. 25, n° 38 ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, n° de pourvoi : 07-13487 ; Cass. com. 13 fév. 2007, n° de pourvoi : 04-16520 ; Cass. 3^{ème}, 22 juin 2005, Bull. civ., 2005, III, p. 126, n° 137 ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 juin 2005, Bull. civ. 2005, III, p. 123, n° 135 ; Cass. com. 10 fév. 1998, Bull. civ. 1998, IV, n° 71 ; Cass. civ. 11 mai 2005, Bull. civ. III, n° 101 ; Cass. com. 28 juin 2005, Bull. civ. IV, n° 140 ; Cass. com. 20 juin 2006, n° de pourvoi : 04-15784 ; Cass. com. 20 juin 2006, n° de pourvoi : 04-15785 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2006, n° de pourvoi : 04-14874 ; Cass. 1^{ère}, 31 janv. 2006, n° de pourvoi : 03-16511.

¹¹⁸ TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *op. cit.*, p. 335, n° 298.

¹¹⁹ GWENNHAELE F., *Consentement et objectivation : l'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, pp. 305-314.

¹²⁰ TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *op. cit.*, p. 342, n° 304 ; FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *op. cit.*, p. 222, n° 214.

¹²¹ La charge de la preuve de l'erreur incombe à la victime. Sur l'absence d'erreur : Cass. com. 2 mai 2007, n° de pourvoi : 05-21295 - La victime de l'erreur est censée démontrer qu'elle croyait en une qualité considérée comme substantielle et que tout aléa faisait défaut (MALINVAUD Ph., « De l'erreur sur la substance », *Recueil Dalloz*, 1972, p. 218 ; GOUBEAUX G., « A propos de l'erreur sur la valeur », *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, L. G. D. J., 2001, pp. 399-400). - Sur le rapport qu'entretiennent l'aléa et l'erreur : ROUVIERE F., « Le casse-tête d'inconstructibilité », *Recueil Dalloz*, 2015, pp. 60 s. ; GHESTIN J., « L'Authenticité, l'erreur et le doute », *Etudes offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle*, Litec, 2001, p. 459 ; VALACKE C., « Objectivisme et consensualisme dans le droit français de l'erreur dans les conventions », *Revue de la recherche juridique*, n° 2/2005, pp. 661-662 - Sur l'existence d'un doute

en est l'objet.¹²² La jurisprudence et la doctrine majoritaires considèrent que la *substance de la chose*, dont fait mention l'article 1110 du Code civil, englobe aussi ses qualités substantielles¹²³. L'erreur sur les qualités substantielles doit avoir le caractère déterminant¹²⁴ : sans cette erreur l'*errans* n'aurait pas contracté.

L'erreur sur les qualités substantielles met en exergue, elle aussi, une disproportion répréhensible entre le consentement donné par l'*errans* et sa volonté réelle. À la différence du dol, la disproportion entre les deux éléments susmentionnés ne résulte pas des actes de mauvaise foi de l'autre contractant. C'est pourquoi l'objet de l'altération de la volonté susceptible de déclencher une sanction juridique est défini de façon plus étroite qu'en cas de dol. Il faut qu'il s'agisse d'une qualité substantielle de la chose. Celle-ci s'apprécie d'abord *in abstracto*¹²⁵, à savoir une qualité de la chose est déterminante dans un cas concret si elle l'est aussi pour l'opinion commune (un homme abstrait et raisonnable)¹²⁶. Lorsqu'une qualité est jugée substantielle par l'opinion commune, il faut présumer qu'elle le soit aussi pour la victime de l'erreur¹²⁷. Par exemple, l'erreur sur la constructibilité du terrain acquis dans une zone urbaine représente, d'après

: Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1981, Bull. civ., 1981, I, p. 154 ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 mars 1987, *Recueil Dalloz* 1987, p. 489 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 2001, *JCP* II, 2003, 10090, p. 1049 - Sur l'absence de doute : VINEY F., « Absence de nullité du contrat pour réticence dolosive du vendeur lorsque l'acquéreur est averti : quelles justifications ? », *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 1751 s., nn° 24-25 ; CA Lyon, 18 mars 1931, *D. P.*, 1933, II, pp. 28-30.

¹²² Cette erreur se distingue de l'erreur sur un motif extérieur à l'objet du contrat, qui ne fait l'objet d'une prise en compte que lorsqu'il est érigé en condition (Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2005, n° de pourvoi : 04-15275). – V. aussi : VALACKE C., *art. précit.*, p. 671.

¹²³ MEKKI M., *Droit des contrats*, chr. déc. 2017-déc. 2018, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 279 ; partie III, sous-partie B ; JOSSERAND, *Les Mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Editions du C. N. R. S., 1984, p. 81 – La qualité substantielle représente une qualité principale de la chose, qui lui donne sa nature et sans laquelle elle ne serait pas ce qu'elle est. Il s'agit de toute qualité de la chose susceptible d'inciter une personne à contracter. *Vide* : VIVIEN G., « De l'erreur déterminante et substantielle », *RTD civ.* 1992, pp. 321-322 ; HAUSER J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, L. G. D. J., 1971, pp. 206-207 ; MALINVAUD Ph., *art. précit.*, p. 215 ; TRIGEAUD J.-M., « L'Erreur de l'acheteur, l'authenticité du bien d'art (étude critique) », *RTD civ.*, 1982, pp. 57 s.

¹²⁴ IONASCO, *L'Evolution de la notion de cause dans les conventions à titre onéreux*, Les Presses Universitaires de France, 1923, pp. 109-110 ; TRIGEAUD J.-M., *art. précit.*, p. 60 ; TGI Fontainebleau, 9 déc. 1970, *D.* 1972, pp. 89-90 ; Cass. civ. 3^{ème}, 12 mars 2003, *Recueil Dalloz* 2003, II, p. 2522 - Sur l'absence du caractère déterminant de l'erreur : Cass. com. 12 juill. 2005, n° de pourvoi : 03-20997.

¹²⁵ VALACKE C., *art. précit.*, p. 661.

¹²⁶ TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *op. cit.*, p. 317, n° 280 ; FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *op. cit.*, pp. 197-199, n° 198.

¹²⁷ La preuve contraire reste possible, mais quelque peu difficile à rapporter. – Cass. civ. 1^{ère}, 26 jan. 1972, *D.* 1972, p. 517 ; CA Toulouse, 10 déc. 1968, *D.* 1969, pp. 466-467 ; CA Lyon, 18 mars 1931, *D. H.*, 1931, p. 276 ; CA Paris, 22 sept. 1969, *D.* 1972, p. 517 – Comp. avec : TRIGEAUD J.-M., *art. précit.*, pp. 61 s.

l'opinion commune, une erreur sur la substance même de la chose¹²⁸. Certaines erreurs concernant les tableaux et les objets d'art (auteur, époque, etc.) touchent, elles aussi, à la substance de la chose¹²⁹, d'après l'opinion commune¹³⁰. En revanche, l'erreur sur la valeur¹³¹ ne produit pas d'effets juridiques¹³², bien qu'elle puisse être considérée par l'opinion commune comme déterminante¹³³.

Si, d'après l'opinion commune, une erreur ne porte pas sur une qualité substantielle de la chose, elle peut tout de même devenir une erreur sur les qualités substantielles grâce à une appréciation *in concreto*¹³⁴. Il incombera au demandeur de prouver le caractère déterminant de l'erreur¹³⁵. S'il parvient à le faire, cette erreur devient erreur sur les qualités substantielles, susceptible d'entraîner la nullité du contrat, à condition que l'autre partie connaisse l'importance de la qualité en question aux yeux de l'*errans*¹³⁶.

5 – Cause réelle

La cause réelle de l'engagement est le fruit d'une évolution récente du droit français dont le droit mauricien pourrait éventuellement s'inspirer¹³⁷. Cette notion

¹²⁸ Cass. 3^{ème} 12 juin 2014, note Laithier Y.-M., *Revue des Contrats*, n° 4/2014, p. 597 ; IONASCO, *thèse précit.*, pp. 93-94 ; Cour d'Orléans, 18 jan. 1895, *D. P.*, 1895, 2., pp. 417-418 ; Cass. civ. 3^{ème}, 13 juill. 1999, Bull. civ., III, 1999, p. 123, n° 178 – Comp avec : ROUVIERE F., *Le casse-tête d'inconstructibilité*, *Recueil Dalloz*, 2015, pp. 60 s.

¹²⁹ IONASCO, *thèse précit.*, pp. 104 s.

¹³⁰ Monsieur TRIGEAUD rappelle (TRIGEAUD J.-M., *art. précit.*, p. 65) que « [...] selon les objectivistes, elle [NDLA : l'authenticité] est considérée comme un donné naturel qui s'impose ».

¹³¹ Cass. com. 12 déc. 2006, n° de pourvoi : 03-20639 ; Cass. com. 26 mars 1974, Bull. civ., 1974, IV, p. 86, n° 108.

¹³² GOUBEAUX G., *art. précit.*, p. 389 ; FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *op. cit.*, p. 203, n° 203 - L'erreur n'est pas une cause de nullité du contrat lorsqu'elle ne porte que sur la valeur d'une chose (GOUBEAUX G., *art. précit.*, p. 394).

¹³³ GOUBEAUX G., *art. précit.*, pp. 390 ; 403.

¹³⁴ VIVIEN G., *art. précit.*, pp. 312 ; 324.

¹³⁵ FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *op. cit.*, pp. pp. 197-199, n° 198.

¹³⁶ Voir : Cass. 3^{ème}, 3 mai 2018, note Barbier H., *RTD civ.* 2018, p. 658.

¹³⁷ GEORGIJEVIC G., « Cause de l'engagement en droit mauricien (art. 1131-1133 C. civ. maur.) », *The New Bar Chronicle*, n° 4/2013, pp. 28-29.

a été créée à partir d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation française du 22 octobre 1996¹³⁸ connu sous le nom d'arrêt Chronopost¹³⁹.

En l'occurrence, une société avait confié deux plis à la société Chronopost qui était censée les délivrer vite, ce qui aurait permis à la société expéditrice de participer à une adjudication. Or, les plis ont été livrés avec un retard qui a empêché l'expéditeur de participer à l'adjudication mentionnée ci-dessus. Celui-ci a agi en réparation du préjudice ainsi causé et la société Chronopost y a opposé une clause limitative de responsabilité. La question s'est posée de savoir si cette clause était annulable, en dépit de l'absence de faute lourde de la Société Chronopost qui, *a priori*, est la seule susceptible d'écarter des clauses exclusives ou limitatives de responsabilité. Les juges y ont répondu par l'affirmative et fondé leur réponse sur l'article 1131 du Code civil.

Cet arrêt montre que l'existence d'une cause sérieuse n'exclut pas la possibilité que le contrat soit annulé pour défaut de cause. Le fait que les prestations des deux parties aient une valeur économique sérieuse ne signifie pas automatiquement que la cause de l'engagement soit irréprochable¹⁴⁰. En effet, même lorsque la cause est sérieuse, elle peut manquer de réalité, ce qui entraînera la nullité du contrat.

La clause limitative de responsabilité stipulée au profit de la société Chronopost ôtait le caractère réel à une obligation fondamentale du débiteur, celle de délivrer ponctuellement les deux plis. Par conséquent, la clause limitative de responsabilité a dû être écartée, afin de restituer la réalité à l'obligation susmentionnée, qui constituait la cause de l'engagement de la société expéditrice. L'obligation de délivrance ponctuelle ne manquait pas de sérieux, étant donné qu'elle possédait une valeur économique certaine. En revanche, l'obligation en question n'était pas réelle, étant donné que le débiteur pouvait l'éluder en invoquant une clause limitative de responsabilité.

¹³⁸ Cass. com. 22 oct. 1996, Bull. civ. IV, p. 223, n° 261 – *Vide* aussi : Cass. mixte, 24 avril 2005, Bull. mixte, n° 3 ; MAZEAUD D., « Saga Chronopost : les maîtres du temps perdent une manche ... », *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 2288 s. ; Cass. com. 5 juin 2007, n° de pourvoi : 06-14832 ; TOURNAFOND O., Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français, *Recueil Dalloz*, 2008, pp. 2607 s.– Dans l'arrêt évoqué de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 5 juillet 2007, les juges de la Cour de cassation ont reproché aux juges de la cour d'appel de Douai de ne pas avoir recherché « [...] si l'impossibilité de localiser les marchandises remises à la société EXTAND pendant leur acheminement ne constituait pas un manquement de celle-ci à une obligation essentielle, permettant de réputer non écrite la cause limitative d'indemnisation », [...] « vu l'article 1131 et l'article 1134 du Code civil ».

¹³⁹ Comp. avec : Cass. com. 29 juin 2010 (arrêt Faurecia), note Siri R., *Les Petites Affiches*, n° 182/2010, p.6 ; Cass. com. 9 mai 2018, note Paulin C., *Gazette du Palais*, n° 23/2018, p. 17 ; CHEVREAU E., « La cause dans le contrat en droit français : une interprétation erronée des sources du droit romain », *Revue des contrats*, n° 1/2013, pp. 11 s. Introduction.

¹⁴⁰ MAZEAUD D., « Saga Chronopost : les maîtres du temps perdent une manche », n° 11.

L'arrêt Chronopost révèle une disproportion qualitative intolérable entre les obligations principales des contractants ayant justifié l'annulation du contrat. En l'occurrence, le contrat ne souffrait d'aucune disproportion quantitative susceptible de justifier son annulation. Cependant, l'absence de réalité de l'obligation principale d'un contractant a fait apparaître un déséquilibre significatif entre les obligations des deux parties. *Cette disproportion qualitative résulte du fait que l'obligation principale d'une partie (société Chronopost) n'était pas de qualité suffisante, car elle ne présentait pas un minimum de réalité.* En effet, en droit mauricien, le contrat doit être qualitativement proportionné¹⁴¹ en ce sens que les obligations principales des parties doivent posséder un minimum de réalité¹⁴².

6 – Cause licite et morale

Traditionnellement, en droit mauricien, on distingue la cause de l'obligation de la cause du contrat¹⁴³. La première réside dans l'obligation de l'autre partie, tandis que la seconde peut être définie comme le but concret que les parties ont visé par la conclusion du contrat¹⁴⁴, « *le mobile concret qui a déterminé chaque partie à contracter* »¹⁴⁵. La cause du contrat est souvent appelée *cause illicite ou immorale* et sert donc à apprécier la licéité du contrat¹⁴⁶ ainsi que sa moralité¹⁴⁷.

¹⁴¹ Sur l'appréciation qualitative de la contrepartie réelle *Vide*, Cass. com. 11 mars 2014, *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1915.

¹⁴² TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *op. cit.*, p. 352, n° 342 ; MAZEAUD D., *Saga Chronopost : les maîtres du temps perdent une manche...*, n° 12 et 17.

¹⁴³ LAVEFVE LABORDERIE A. – S., *La Pérennité contractuelle*, L. G. D. J., 2005, p. 344, n° 611 ; WEILL, « Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité », *Mél. Marty*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, Toulouse, 1978, p. 1165 ; GHESTIN J., *La Formation du contrat*, L. G. D. J., 1993, 3^{ème} éd., p. 818 ; LOMBARD F., *thèse précit.*, p. 103, n° 114 ; RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., *Le Raisonnable en droit des contrats*, L. G. D. J., 2009, p. 42, n° 22 ; THIBIERGE L., *Le Contrat face à l'imprévu*, *Economica*, 2011, p. 70, n° 121 - *Vide* aussi : GUELFUCCI-THIBIERGE C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, L. G. D. J., 1992, p. 246.

¹⁴⁴ LAVEFVE LABORDERIE A.-S., *thèse précit.*, p. 344, n° 611 ; LOMBARD F., *thèse précit.*, p. 103, n° 114 ; RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., *thèse précit.*, p. 42, n° 22.

¹⁴⁵ THIBIERGE L., *thèse précit.*, p. 84, n° 136 ; GHESTIN J., *op. cit.*, pp. 819 ; 892 ; TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *op. cit.*, p. 344 – *Vide* aussi : JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Librairie Dalloz, 1927, pp. 153-154.

¹⁴⁶ BARAKE S., *Le Champ contractuel*, thèse dactylographiée, Bordeaux, 2007, p. 119 ; THIBIERGE L., *thèse précit.*, p. 84, n° 136 ; Cass. civ. 3^{ème}, 10 mai 2007, n° de pourvoi : 05-21123 ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 juin 2005, Bull. civ. 2005, I, p. 225, n° 270 ; Cass. com. 27 mars 1990, n° de pourvoi : 88-18998.

¹⁴⁷ THIBIERGE L., *thèse précit.*, p. 84, n° 136 ; Cass. com. 3 oct. 2006, Bull. civ. 2006, IV, p. 222, n° 203.

En ce qui concerne la jurisprudence mauricienne, en matière de donations entre concubins, la Cour suprême de Maurice maintient une distinction traditionnelle relative à la cause illicite. Ainsi, dans l'arrêt *Y. Pool and Arthur Savy vs Delorie*¹⁴⁸ il a été énoncé que lorsque le but d'une donation consistait à commencer, continuer, reprendre ou rémunérer les rapports de concubinage elle sera nulle pour cause illicite¹⁴⁹. Il en va autrement d'une donation ou d'un testament par laquelle/lequel le donateur ou le testateur cherche à réparer le préjudice causé à la concubine de laquelle il se sépare. La cause de la donation ou du testament est alors licite et l'acte reste valable¹⁵⁰.

Quant à la jurisprudence française, qui sert de *persuasive authority* en droit mauricien¹⁵¹, elle fournit de nombreux exemples d'annulation du contrat pour cause illicite ou immorale¹⁵². Ainsi, « *le contrat conclu en vue de se soustraire à l'application des lois fiscales revêt une cause illicite. Celle-ci est caractérisée dès lors que le motif impulsif et déterminant de l'un des contractants réside dans la volonté de frauder le fisc* »¹⁵³. De même, les contrats conclus dans le but de créer ou d'exploiter une maison de tolérance sont constamment annulés et les prêts contractés dans le but d'acquérir une telle maison sont nuls. Dans les deux hypothèses évoquées ci-dessus, la nullité s'explique par une cause illicite.¹⁵⁴ Le contrat de travail conclu avec le propriétaire d'une maison de tolérance repose

¹⁴⁸ 1958 MR 266 – En France, un revirement spectaculaire, relatif à la cause illicite des libéralités entre concubins, s'est produit grâce à deux arrêts de la Cour de cassation, rendus respectivement en 1999 et en 2004. – Cass. Ass. plén. 25 oct. 2004, Bull. civ. 2004, Ass. plén. n° 12 ; Cass. 1^{ère}, 3 fév. 1999, Bull. civ. I, p.29, n° 43 – V. aussi : Cass. 1^{ère}, 25 janv. 2005, Bull. civ. 2005, I, p. 27, n° 35 - Dans son arrêt du 3 février 1999, la première chambre civile de la Cour de cassation a énoncé que la libéralité qu'avait faite un septuagénaire à sa jeune maîtresse quelques mois avant sa mort n'était pas nulle pour cause illicite, en dépit du fait que cette libéralité avait été faite afin *d'entretenir une relation adultérine avec la maîtresse*. De plus, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a énoncé, dans son arrêt du 29 octobre 2004, que la libéralité n'ayant pour but qu'à *rémunérer les faveurs d'une concubine d'un concubinage adultérin* n'était pas nulle pour cause illicite.

¹⁴⁹ Comp. avec : Cass. civ. 11 mars 1918, *DP*, 1918, I, p. 100 ; Cass. req. 8 juin 1926, *D. P.* 1927, I, p. 113 – *Vide* aussi : Cass. 1^{ère}, 3 déc. 1991, n° de pourvoi : 90-17347 ; Cass. 1^{ère}, 11 oct. 1988, n° de pourvoi : 87-15343 ; Cass. soc. 4 oct. 1979, Bull. civ. 1979, V, n° 680 ; Cass. 2^{ème}, 10 janv. 1979, Bull. civ. 1979, II, p. 7, n° 10 ; Cass. 1^{ère} 15 déc. 1975, Bull. civ. 1975, I, p. 303, n° 365 ; LAMBERT S., *L'Intention libérale dans les donations*, Presses universitaires d'Aix – Marseille, 2006, p. 288, n° 182.

¹⁵⁰ Cass. 1^{ère}, 26 juin 1990, n° de pourvoi : 88-19760 – Comp. avec : Cass. crim. 21 déc. 1971, Bull. crim. 1971, p. 916, n° 365 ; Cass. 1^{ère}, 6 oct. 1959, *D.* 1960, jur. p. 515 ; LAMBERT S., *these précit.*, p. 288, n° 182.

¹⁵¹ AGOSTINI E., « Responsabilité du fait des choses : l'Île Maurice est encore l'Île de France », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, tome 2, pp. 6-7.

¹⁵² VARET V., « La Nullité du contrat pour cause illicite », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, n° 1/2000, p. 67.

¹⁵³ DADOUN A., *La Nullité du contrat et le droit pénal*, L. G. D. J., 2011, pp. 169-170, n° 251

¹⁵⁴ Cass. req. 1^{er} avril 1895, *D.* 1895, p. 264 ; LOMBARD F., *thèse précit.*, p. 107, n° 119.

aussi sur une cause illicite et doit être annulé¹⁵⁵, le but personnel de l'employeur consistant à poursuivre une activité illicite. Les prêts accordés à un tiers, *afin de* lui faciliter l'accès à un jeu illégal sont annulés, tantôt pour cause illicite, tantôt en vertu de l'article 1965 du Code civil¹⁵⁶. « *Est illicite la cause des prêts d'argent sans intérêts consentis aux producteurs de lait par des tiers au contrat de fourniture, dès lors que la finalité de telles conventions consiste à contourner les sanctions financières impératives imposées par la réglementation communautaire et nationale, spécialement en cas de dépassement des quotas de productions laitières autorisés* »¹⁵⁷. Finalement, un arrêt de la Cour de cassation du 2 janvier 1907 déclare une donation nulle pour cause illicite, *le mobile principal* du donateur, à savoir l'organisation d'une séparation amiable, ayant été contraire à la loi¹⁵⁸.

La plupart du temps le contenu du contrat n'a rien de disproportionné en ce qui concerne son rapport avec l'intérêt général : la cause de l'engagement des deux parties est sérieuse et réelle et l'objet des obligations des deux contractants est licite. Pourtant, un contrat peut se révéler disproportionné lorsqu'on scrute les motifs personnels des contractants. La doctrine¹⁵⁹ et la jurisprudence sont unanimes pour dire que le caractère illicite (illégal ou immoral) d'un motif personnel au contractant est susceptible de le faire rentrer dans le champ contractuel et d'influencer la validité du contrat¹⁶⁰. Les articles 1131 et 1133 du Code civil mauricien assurent cette prise en compte des motifs personnels des parties qui se solde par une nullité absolue du contrat. La nullité évoquée ci-dessus est le fruit d'une disproportion intolérable entre le contrat et l'intérêt général déclenchée par l'illicéité des motifs personnels d'un contractant. La non-patrimonialité des actes sexuels, la non-assistance financière à des personnes se livrant à des jeux illégaux, la protection de la santé publique, représentent les valeurs fondamentales faisant partie de l'intérêt général en République de Maurice. Par conséquent, si le motif personnel à une des parties est illicite, la nullité absolue sera prononcée en raison de la disproportion entre le contrat et l'intérêt général que crée ce motif. La nullité en question constitue une réponse vigoureuse destinée à défendre l'intérêt de l'ensemble des membres de la société mauricienne.

¹⁵⁵ Cass. soc. 8 janv. 1964, *D.* 1964, p. 267.

¹⁵⁶ GHESTIN J., *op. cit.*, p. 895 ; Cass. req. 4 juill. 1892, *D.* 1892, p. 501 ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1999, *Bull. civ.* 1999, I, p. 102, n° 154 ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1998, *Bull. civ.* 1998, I, p. 159, n° 229 – V. aussi : Cass. civ. 1^{ère}, 3 déc. 1996, *Bull. civ.* 1996, I, p. 302, n° 432.

¹⁵⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, *Daloz actualité*, 17 octobre 2012, note Rezgui W. ; *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2306.

¹⁵⁸ Cass. civ. 2 janv. 1907, *D.P.* 1907, I, pp. 140-141 ; LOMBARD F., *thèse précit.*, p. 107, n° 119.

¹⁵⁹ GHESTIN J., *op. cit.*, p. 819 ; LOMBARD F., *thèse précit.*, p. 106, n° 118 ; THIBIERGE L., *thèse précit.*, p. 70, n° 122.

¹⁶⁰ GHESTIN J., *op. cit.*, p. 891.

Comme le souligne si justement M. BAKOUCHE « *il n'est pas interdit de croire (...) que le droit est l'ensemble des moyens destinés (...) à corriger l'excès* »¹⁶¹. Ainsi, le droit mauricien contient une panoplie de sanctions destinées à combattre les disproportions quantitatives et qualitatives touchant le contrat.

II.- Les sanctions des disproportions relatives au contrat en droit mauricien

Il est des cas où la disproportion du contrat cause sa disparition (A). Néanmoins, la recherche du maintien du contrat autant que faire se peut¹⁶² étant un principe général du droit mauricien des contrats, dans de nombreuses situations la disproportion du contrat ne se soldera pas par son anéantissement : les sanctions qu'appliquera le droit mauricien permettront son maintien en vigueur (B).

A.- L'anéantissement nécessaire du contrat disproportionné

En droit mauricien, l'absence de cause sérieuse entraîne, sans doute, la nullité du contrat¹⁶³. Traditionnellement, on considérait que la nullité pour absence de cause-contrepartie était une nullité *absolue*¹⁶⁴. L'impossibilité absolue d'exécuter une prestation, au moment de la conclusion d'un contrat synallagmatique à titre onéreux, révèle l'existence d'une disproportion économique devenue importante au point de justifier la nullité absolue du contrat¹⁶⁵. En effet, la nullité absolue est censée, d'après ce courant, sanctionner le fait que l'absence de cause sérieuse fasse perdre au contrat son caractère raisonnable¹⁶⁶ et compréhensible. Dans certains arrêts rendus par la Haute juridiction française, la nature de la nullité pour absence de cause sérieuse est explicitement déterminée : il s'agit de nullité absolue¹⁶⁷. La

¹⁶¹ BAKOUCHE D., *thèse précit.*, p. 2, n° 2.

¹⁶² Comp. avec : AUBERT DE VINCELLES C., *art. précit.*, par. n° 3.

¹⁶³ PIGNARRE G., « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) », *Revue des Contrats*, n° 1/2013, pp. 251 s., n° 23.

¹⁶⁴ CUMYN M., *La Validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, L. G. D. J., 2002, p. 165.

¹⁶⁵ Comp. avec : FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *op. cit.*, pp. 271 s., n° 262 s.

¹⁶⁶ « *L'opération globale reflète donc un objectif global. Cet objectif correspond à la fonction économique du contrat : il est ce que l'on peut raisonnablement attendre du contrat* » (RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., *thèse précit.*, p. 61, n° 43).

¹⁶⁷ Selon la jurisprudence française, il est impossible de confirmer une obligation sans cause (ROCHFLED J., *Cause et type de contrat*, L. G. D. J., 1999, pp. 381-382 ; HAGE CHAHINE F., « La Sanction de l'absence de cause constatée au moment de la formation du contrat », *Mélanges André Decocq, Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 336). D'après un arrêt de la Cour de cassation du 6 novembre 1932, si en cas de nullité relative l'action en justice se prescrit dans les délais prévus par la loi, il en va autrement de l'action en nullité absolue pour défaut du prix sérieux

Cour de cassation énonce, dans un arrêt du 23 octobre 2007, que « *la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat, est une nullité absolue soumise à la prescription trentenaire de droit commun* »¹⁶⁸.

Sous l'influence de la théorie moderne des nullités, initiée par JAPIOT¹⁶⁹, la jurisprudence française s'est mise à prononcer la nullité relative du contrat pour absence de cause sérieuse¹⁷⁰. Ainsi, dans un arrêt du 9 novembre 1999, les juges de la première chambre civile de la Cour de cassation ont énoncé que la nullité du contrat d'assurance pour défaut d'aléa était une nullité *relative* et que seule la partie lésée pouvait s'en prévaloir¹⁷¹. En outre, dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 20 février 2001 les juges ont estimé que la nullité du contrat d'organisation de l'arbitrage pour défaut de cause-contrepartie visait la protection des intérêts individuels et qu'elle était *relative*¹⁷². Finalement, dans un arrêt relativement récent de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 21 septembre 2011¹⁷³ les juges énoncent : « *Mais attendu que la cour d'appel a retenu à bon droit que le contrat de bail à construction conclu pour un prix dérisoire ou vil n'était pas inexistant mais nul pour défaut de cause et en a exactement déduit que l'action en nullité de ce contrat, qui relevait d'intérêt privé, était, s'agissant d'une nullité relative, soumise à une prescription quinquennale...* ».

(HAGE CHAHINE F., *art. précit.*, p. 336). Dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 20 octobre 1981, les juges du droit ont approuvé les juges du fond ayant déclaré le contrat *inexistant* pour absence de prix sérieux (Cass. civ. 1^{ère}, 20 oct. 1981, Bull. civ., I, p. 254. ; HAGE CHAHINE F., *art. précit.*, pp. 336-337). De même, dans un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 27 avril 1976, il fut jugé que le loyer mensuel de cent francs pour une propriété de cinquante-trois hectares représentait un prix symbolique. Par conséquent, le bail était déclaré *inexistant* pour absence de cause (Cass. civ. 3^{ème}, 27 avril 1976, Bull. civ. III, p. 137). Les arrêts cités ci-dessus font état de l'inexistence dont les effets sont similaires à ceux de la nullité absolue. La Cour de cassation a décidé dans un arrêt du 2 octobre 1981 que, la cour d'appel ayant souverainement estimé que le prix n'était pas sérieux, l'acte juridique en question était *inexistant* (SIMLER Ph., « La Sanction de l'absence de cause », *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 415, note de bas de page 11).

¹⁶⁸ Cass. com. 23. oct. 2007, Bull. civ. IV, n° 226 ; Cass. civ. 3^{ème}, 21 sept. 2011, note Mazeaud D., *Recueil Dalloz*, n° 39/2011, p. 2714, n° 11.

¹⁶⁹ JAPIOT, *Des Nullités en matière d'actes juridiques*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1909.

¹⁷⁰ SIMLER Ph., *art. précit.*, pp. 416-418.

¹⁷¹ La demande en nullité de l'assuré a été rejetée. Si l'assureur décide de ne pas invoquer la nullité affectant le contrat qui lui est défavorable, nulle autre personne ne devrait être admise à s'en prévaloir (Cass. civ. 1^{ère}, 9 nov. 1999, note Aubert J. - L., *Def.* 2000, art. 37107, pp. 250-251).

¹⁷² L'action en nullité se prescrit donc dans un délai de cinq ans (Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2001, Bull. civ. I, p. 25).

¹⁷³ Cass. civ. 3^{ème}, 21 sept. 2011, note Ghestin J., *La semaine juridique G*, n. 47/2011 ; note Mazeaud D., *Recueil Dalloz*, n° 39/2011, pp. 2711 s. ; note Savaux E., *Revue des Contrats*, n° 1/2012, p. 47 ; note Seube J.-B., *Revue des Contrats*, n° 1/2012, p. 130.

La doctrine contemporaine se montre souvent favorable à la nullité relative pour absence de cause sérieuse, car on considère cette sanction proportionnée à l'intérêt mis en péril, qui est un intérêt privé¹⁷⁴.

Il est, à notre avis, préférable de considérer que la nullité pour absence de cause sérieuse est *une nullité absolue* excluant la confirmation et la possibilité de maintenir le contrat en vigueur¹⁷⁵. L'absence totale de contrepartie ou l'absence de contrepartie sérieuse, dont l'absence de cause sérieuse constitue l'expression technique, reflète une disproportion particulièrement grave du contrat. En cas d'absence de cause sérieuse, au-delà de l'atteinte qu'il portera à la justice, le contrat synallagmatique à titre onéreux n'aura plus aucune utilité sociale. Faute de contrepartie sérieuse, le contrat synallagmatique à titre onéreux ne réalisera aucun échange réel et ne sera pas socialement utile. Ceci explique le caractère absolu de la nullité¹⁷⁶. Il est opportun aussi de souligner que la nullité absolue pour absence de cause sérieuse témoigne de la prise en considération de l'intérêt général compris comme l'intérêt de tous les utilisateurs de la technique contractuelle considérée¹⁷⁷.

Au demeurant, s'il est vrai que la prescription permet d'oublier l'irrégularité de l'acte, elle ne saurait avoir la vertu de conférer au contrat un élément constitutif faisant défaut¹⁷⁸. Certes, la nullité absolue, qui mène impitoyablement vers son anéantissement, paraît contraire à la valeur économique du contrat. Toutefois, une convention sans cause sérieuse est trop gravement atteinte et trop disproportionnée pour pouvoir être sauvée. Un contractant ne pouvant retirer aucun intérêt patrimonial de l'acte¹⁷⁹, qui est donc trop disproportionné, le contrat doit être frappé d'une nullité absolue.

Force est de constater que, mise à part la sanction vigoureuse disséquée plus haut, le droit mauricien contient une panoplie de sanctions juridiques qui permettent au contrat disproportionné de rester en vigueur.

¹⁷⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 21 sept. 2011, note Mazeaud D., *Recueil Dalloz*, n° 39/2011, p. 2714, n° 10 – *Vide* aussi : SIMLER Ph., *art. précit.*, pp. 415-416.

¹⁷⁵ Sur les critères de la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative voir notamment : *Law Reform Commission, Issue Paper, Law of Contracts and Obligations under Code civil mauricien*, mars 2013, p. 68, n° 73 ; *Law Reform Commission, Discussion Paper, Reform of Law of Contract & Régime and Proof of Obligations in the Code Civil Mauricien*, juin 2017, p. 45, nn° 81-82.

¹⁷⁶ GHESTIN J., « L'Utile et le juste dans les contrats », *Recueil Dalloz* 1982, chr. pp. 9-10 ; GHESTIN J., *Formation du contrat*, p. 205 ; ROCHFELD J., *thèse précit.*, p. 382 ; Cass. civ. 3^{ème}, 21 sept. 2011, note Mazeaud D., *Recueil Dalloz* n° 39/2011, p. 2714, n° 11.

¹⁷⁷ ROCHFELD J., *thèse précit.*, p. 383.

¹⁷⁸ HAGE CHAHINE F., *art. précit.*, p. 335.

¹⁷⁹ PIETTE G., *La Correction du contrat*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2004, p. 352.

B.- La survie possible du contrat disproportionné

1 – Dettes ménagères

La sanction de la disproportion entre le contrat et l'intérêt de la famille qu'instaure l'article 221 du Code civil mauricien relatif aux dettes ménagères consiste dans l'exclusion de la solidarité des dettes d'origine contractuelle contractées par un époux seul. Les biens personnels de l'époux n'ayant pas conclu le contrat seront soustraits de la masse des biens sur lesquels le/les créancier(s) peuvent poursuivre le recouvrement des créances. Le *ratio* de cette sanction s'explique par l'intention du législateur mauricien à « éviter qu'un époux ne puisse être à la merci d'initiatives ruineuses de son conjoint »¹⁸⁰. Il est aisé de constater qu'en droit mauricien on a considéré que l'exclusion de la solidarité des dettes ménagères manifestement excessives issues du contrat était la sanction suffisante, car rien dans la nécessité de protéger l'intérêt de la famille ne justifiait la nullité du contrat.

2 – Violence, dol et erreur

La disproportion du contrat résultant de la violence entraîne sa nullité relative que ne peut évoquer que la victime de la violence, si elle souhaite se protéger contre les conséquences¹⁸¹ de cette disproportion. L'article 1115 du Code civil mauricien prévoit la possibilité de confirmer le contrat disproportionné, expressément ou tacitement. Cela signifie qu'un pouvoir est conféré à la volonté de la victime de passer outre la disproportion que, en principe, le droit civil mauricien réprime. Ceci est possible grâce au fait que la disproportion créée par la violence touche principalement les intérêts privés de la victime et pas à l'intérêt général. Le même raisonnement est *mutatis mutandis* applicable à la confirmation des contrats nuls pour dol ou pour erreur sur les qualités substantielles.

3 – Clauses pénales disproportionnées

À la différence de son homologue français¹⁸², le juge mauricien n'a pas le droit de modifier d'office, c'est à dire de sa propre initiative, le montant de la clause pénale. Il ne peut procéder à la modification du montant de la clause pénale qu'à la demande d'une partie au procès, ce qui a été rappelé dans les arrêts *Desbro Trading vs Ragavoodoo Bros & ANOR*¹⁸³. Quoi qu'il en soit, force est de constater que la disproportion en question n'entraînera pas l'anéantissement de cette clause

¹⁸⁰ KARM A., *fasc. précit.*, n° 19.

¹⁸¹ Il s'agit des effets obligatoires du contrat que la victime n'a pas désirés tels quels.

¹⁸² FLORAND J.-M., « La Réforme de la clause pénale », *Les Petites Affiches*, n° 84/1985, pp. 14 s.

¹⁸³ 1994 SCJ 423 et 1997 SCJ 132.

conventionnelle qui est la clause pénale. Elle sera simplement remodelée en sorte que son montant n'accable pas l'une des parties au contrat, eu égard au préjudice effectivement subi¹⁸⁴, qu'il s'agisse du créancier ou du débiteur. La correction de la clause pénale qu'autorise le Code civil mauricien (article 1152) semble bien judicieuse : rien ne semble pouvoir justifier un anéantissement pur et simple de la clause pénale disproportionnée¹⁸⁵.

¹⁸⁴ CHABAS F., « La Réforme de la clause pénale », *Recueil Dalloz* 1976, Chr. pp. 229 s.

¹⁸⁵ Sur la nécessité de préférer la correction du contrat à son anéantissement lorsque la disproportion est quantitative *Vide* : BAKOUCHE D., *thèse précit.*, p. 192, n° 203.