

La confirmation des principes de bonne foi et de loyauté dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats

*Kalongo Mbikayi **

Avant de centrer mon propos sur le thème qui m'a été assigné par les organisateurs du Colloque, je souhaiterais rappeler que mon pays, la République démocratique du Congo, porte le plus grand intérêt à l'harmonisation juridique et aux développements au sein de l'OHADA, puisque la procédure de ratification du Traité par la RDC devrait aboutir à l'issue des discussions au sein du Parlement. Dans l'intervalle, nous étudions assidûment les Actes uniformes qui font l'objet de nombreuses Conférences, et nous suivons et bien souvent nous associons aux interrogations et aux débats sur les grandes questions qui animent l'OHADA.

Ainsi, pour ne citer que celle-là, la question de l'accessibilité de la CCJA pour le plaideur de la RDC ne manque pas de susciter des préoccupations réelles, compte tenu de l'extension de notre territoire (2.300.000 km²) où la capitale est déjà fort éloignée pour une partie de la population, laquelle pourra être dans une grande difficulté de voir sa cause débattue à Abidjan.

Les discussions qui ont lieu à ce Colloque témoignent de la vivacité de cette Organisation, et permettent de débattre des questions et d'éclairer les choix qui seront faits. Ainsi, des interrogations sont formulées sur les sources d'inspiration du nouveau droit harmonisé : faut-il prendre comme modèle la

* Ancien Professeur Ordinaire et Doyen Honoraire à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa (République démocratique du Congo), Ancien Avocat à la Cour Suprême de Justice, Ancien Président de la Commission Permanente de Réforme du Droit Congolais.

Les organisateurs et tous les participants au Colloque déplorent la disparition du Professeur Kalongo Mbikayi, décédé peu après la rencontre de Ouagadougou. Le texte ici reproduit reprend la brève communication écrite remise par le Professeur Kalongo Mbikayi avant le Colloque, complétée par sa présentation orale.

Le Colloque de Ouagadougou sur "L'harmonisation du droit OHADA des contrats" tenu à Ouagadougou (Burkina Faso) du 15 au 17 novembre 2007 avait notamment pour objet la discussion de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats (2005) élaboré par UNIDROIT à la demande de l'OHADA. Ce texte, ainsi que la *Note explicative* y relative rédigée par le Professeur Marcel FONTAINE sont accessibles sur le site Internet d'UNIDROIT (<<http://www.unidroit.org>>) et sont reproduits en annexe au présent volume.

tradition civiliste ou bien la *common law* ? On peut se demander s'il ne nous convient pas en Afrique de réfléchir à une approche nouvelle en ayant comme objectif un texte conforme à nos mentalités et en même temps respectueux des impératifs du développement.

Inspiré par les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats a repris judicieusement les principes de bonne foi et de loyauté pour fonder la naissance et surtout l'exécution des contrats.

L'article 1/6 du projet stipule en effet que :

- "1. Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi.
- "2. Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée".

Cette disposition traduit une règle fondamentale à la base de l'élaboration et de l'exécution des contrats que la République démocratique du Congo, qui est un pays de tradition civiliste, reconnaît déjà que l'article 33 de son Code des Obligations, affirme que :

"Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi".

C'est donc le respect de la parole donnée qui justifie que, une fois enchaînées juridiquement, les parties s'en tiennent aux clauses qu'elles ont négociées et arrêtées librement et qu'elles doivent les exécuter loyalement.

L'avant-projet a également retenu et organisé, à l'instar des Principes d'UNIDROIT, certaines conséquences de la règle de bonne foi et de loyauté.

Il a ainsi affirmé l'interdiction de se contredire dans l'article 1/7 qui dispose que :

"Une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage".

Il a également sanctionné la mauvaise foi dans les négociations en prévoyant en son article 2/15 :

- "1. Les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord.

2. Toutefois, la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi, est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie.
3. Est, notamment, de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord".

L'avant-projet met également en exergue en son article 5/3 une autre conséquence de la bonne foi en imposant aux parties le devoir de collaboration dans l'exécution de leurs obligations contractuelles. Cette disposition stipule que :

"les parties ont entre elles un devoir de collaboration lorsque l'on peut raisonnablement s'y attendre dans l'exécution de leurs obligations".

Enfin, l'article 7/26 du projet consacre une autre conséquence du principe de bonne foi et de loyauté, en visant l'atténuation du préjudice.

- 1) Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables.
- 2) Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice".

Un autre aspect intéressant de l'adoption dans l'avant-projet du principe de bonne foi et de loyauté concerne la protection de la partie contractante faible contre les contrats léonins et les clauses abusives qui peuvent être le fait de la partie forte.

Les contrats d'adhésion dans leur grande diversité pourront susciter de nombreuses hypothèses d'atteintes aux droits de certains contractants faibles.

L'avant-projet sous examen a introduit de façon très judicieuse des dispositions protectrices de la partie faible.

L'article 3/10 prévoit ainsi à l'encontre de la partie qui a bénéficié d'un avantage excessif des sanctions diverses. Celles-ci peuvent consister notamment dans l'annulation du contrat (article 3/10.1) ou dans l'adaptation par le tribunal, à l'initiative de la partie lésée, de ce contrat ou de la clause incriminée afin de les rendre conformes aux exigences de la bonne foi.

L'avant projet en son article 7/6 exclut également à l'encontre de la partie de mauvaise foi le bénéfice des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation.

L'article 7/31.2 de l'avant-projet permet aussi la réduction à un montant raisonnable de l'indemnité forfaitaire prévue au contrat (clause pénale) si elle est manifestement excessive par rapport au préjudice découlant de l'inexécution et aux autres circonstances.

Enfin, il est clair que ces mesures protectrices de la partie faible seront opportunes dans toutes les hypothèses, que le champ d'application du futur Acte uniforme couvre l'ensemble des contrats commerciaux ou civils.

Je conclurai en soulignant que les dispositions de l'avant-projet qui encadrent la bonne foi et l'organisent dans ses différents aspects et conséquences (y compris au regard de la mauvaise foi) au cours de la vie du contrat sont particulièrement bienvenues au regard de l'objectif d'assainissement de la morale des affaires, dans le village planétaire dans lequel nous évoluons aujourd'hui. La protection qu'accordent ces dispositions aux contractants, et en particulier à la partie faible, devrait à mon sens pouvoir aussi bien bénéficier aux commerçants qu'aux non commerçants. C'est là un argument dont je pense qu'il pourrait être retenu à l'appui d'un régime général applicable à l'ensemble des contrats, à tout le moins pour ce qui est du traitement de la bonne foi tel que le prévoit l'avant-projet.



UPHOLDING THE PRINCIPLES OF GOOD FAITH AND FAIR DEALING IN THE PRELIMINARY DRAFT OHADA UNIFORM ACT ON CONTRACT LAW (Abstract)

Kalongo MBIKAYI (former Professor and Honorary Dean of the Law Faculty of the University of Kinshasa (Democratic Republic of the Congo), former Barrister at the Supreme Court of Justice, former President of the Standing Committee for Congolese Law Reform).

The organisers and participants at the Colloquium deeply regret the demise of Professor Kalongo Mbikayi shortly after the Ouagadougou Colloquium. The text reproduced in this issue is based on a brief written communication submitted by Professor Kalongo Mbikayi prior to the meeting, supplemented by his oral presentation.

1. *Inspired by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, the preliminary draft OHADA Uniform Act on contract law makes judicious use of the principles of good faith and fair dealing as a basis for the formation and, especially, the performance of contracts.*

Article 1/6 of the draft stipulates that:

- “(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing.*
- (2) The parties may not exclude or limit this duty.”*

2.1 *This provision reflects a fundamental rule of the formation and performance of contracts already recognised by the Democratic Republic of Congo, which is a civil law country, in Article 33 of its Code of Obligations, which states that:*

- “(1) Lawfully concluded agreements have force of law for those who made them.*

- (2) Such agreements cannot be revoked except by mutual agreement or for any of the reasons stipulated by the law.
- (3) They must be performed in good faith."

2.2 It is, therefore, respect for the given word which decrees that the parties, as soon as they are legally bound, must abide by the clauses they have freely negotiated and decided and perform them fairly.

3. The preliminary draft, like the UNIDROIT Principles, also attaches certain consequences to the rule of good faith and fair dealing.

3.1 It affirms, in its Article 1/7, that it is forbidden to act inconsistently, stating that:

"A party cannot act inconsistently with an understanding it has caused the other party to have and upon which that other party reasonably has acted in reliance to its detriment."

3.2 It also provides for penalties for bad faith in negotiations, stating in its Article 2/15:

- (1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.
- (2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.
- (3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party."

3.3 The preliminary draft, in its Article 5/3, also highlights another consequence of good faith by enjoining the parties to co-operate in performing their contractual obligations. This provision stipulates that

"Each party shall cooperate with the other party when such co-operation may reasonably be expected for the performance of that party's obligations."

3.4 Finally, Article 7/26 of the preliminary draft sanctions another consequence of the principle of good faith and fair dealing, by mitigating the harm suffered by the aggrieved party:

- (1) The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party's taking reasonable steps.
- (2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm."

4. Another interesting aspect of the adoption, by the preliminary draft, of the principle of good faith and fair dealing concerns the protection of the weaker contracting party against inequitable contracts and abusive clauses introduced by the stronger party.

Standard contracts which can take many forms, are a typical case where the rights of the weaker contracting party may be adversely affected.

The preliminary draft makes very judicious use of provisions to protect the weaker party.

4.1 Article 3/10 proposes a number of penalties against the party enjoying an excessive advantage. These include avoidance of the contract (Article 3/10.1) or the adaptation by the court at the request of the aggrieved party of the offending contract or clause to bring them into line with reasonable standards of fair dealing.

4.2 Article 7/6 of the preliminary draft also denies the party who acts in bad faith to benefit by clauses unfairly limiting or excluding liability for non-performance of an obligation.

4.3 Article 7/31.2 of the preliminary draft also allows the sum specified in the contract to compensate for non-performance to be reduced where it is grossly excessive in relation to the harm resulting from the non-performance and to the other circumstances.

4.4 Finally, it is clear that these measures to protect the weaker party will be useful in any event, whether the scope of application of the future Uniform Act covers commercial contracts or other contracts as well.

