

Le champ d'application de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : contrats en général / contrats commerciaux / contrats de consommation

*Dorothe C. Sossa **

L'objet de notre intervention, a-t-il été précisé, est "d'expliquer la démarche de l'avant-projet et offrir un commentaire en mesure d'alimenter le débat qui s'en suivra". Mais nous viserons plus souvent l'auteur de l'avant-projet d'Acte uniforme que l'avant-projet dans notre présentation.

La réforme du droit des contrats dans le cadre de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) a été engagée alors que l'héritage juridique reçu dans le domaine des contrats du colonisateur européen, notamment français pour la plupart des pays concernés, a beaucoup et, sans doute, bien servi. Mais le monde a beaucoup changé depuis les indépendances africaines et le bel édifice a besoin de restauration voire, sur bien des points, de reconstruction. L'avènement, très tôt, au Sénégal, du Code des obligations civiles et commerciales ¹ et l'intervention, beaucoup plus tard, de la loi malienne fixant le régime général des obligations ², la législation guinéenne de 1983, la décision prise en 2001 à Bangui par le Conseil des

* LL.D. (Ottawa, Canada), Agrégé des facultés de droit, Ancien ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche scientifique et ancien Garde des sceaux, Ministre de la Justice, de la Législation et des Droits de l'homme de la République du Bénin, Doyen de la Faculté de droit et de sciences politiques de l'Université d'Abomey-Calavi, Cotonou (Bénin) ; avocat.

Rapport présenté au Colloque sur "L'harmonisation du droit OHADA des contrats" tenu à Ouagadougou (Burkina Faso) du 15 au 17 novembre 2007, ayant 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.

¹ Ce code est composé de quatre parties correspondant respectivement aux quatre lois suivantes : loi n° 63-62 du 10 juillet 1963 portant règles générales du droit des obligations, loi n° 66-70 du 13 juillet 1966 relative aux contrats spéciaux, loi n° 76-60 du 12 juin 1976 relative à la garantie des créanciers et la loi n° 85-40 du 29 juillet 1985 portant codes des sociétés et du groupement d'intérêt économique (cf. le site Internet du gouvernement de la République du Sénégal).

² Loi n° 87-31/AN-RM du 29 août 1987.

Ministres de l'OHADA de faire élaborer l'Acte uniforme sur les contrats, dont l'avant-projet est aujourd'hui en discussion, traduisent bien ce besoin. Il en est d'autant plus ainsi que, contrairement au Sénégal, au Mali et à la Guinée-Conakry, la plupart des pays concernés n'ont pas revu leur droit des obligations³ depuis maintenant plus de quarante sept ans, la plupart des indépendances africaines datant, on se rappelle, de l'année 1960 pour les anciennes colonies françaises d'Afrique.

Dans ce contexte et face aux réalités actuelles du monde, l'auteur de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats s'est, dans sa démarche, appuyé, comme nous le verrons plus loin, sur les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, c'est-à-dire sur une "codification de qualité déjà largement connue sur le plan national"⁴ et dont la portée dépasse le domaine commercial au sens strict. S'agissant des Principes d'UNIDROIT, en effet, ce dépassement de la vocation commerciale est désormais réel et visible dans certaines législations récentes comme illustré par le Code civil de la Fédération de Russie de 1995, les Codes civils estonien et lituanien entrés en vigueur en 2001⁵. La loi relative aux contrats du 11 mars 1999 de la République Populaire de Chine a été aussi fortement inspirée, quant aux règles générales, par les Principes d'UNIDROIT⁶.

Ce recours ne dispensait pas l'auteur de tenir compte de certaines spécificités africaines dans la confection de l'avant-projet. A cet égard, il y a les spécificités annoncées comme telles par lui-même, à savoir la faiblesse actuelle de la culture juridique dans les pays OHADA ainsi que le fort taux d'analphabétisme qui y est encore noté.

Mais nous devons également considérer, au titre de ces spécificités, le système bijuridique de la République du Cameroun où coexistent les régimes

³ Pour ne retenir ici que quelques exemples de la nécessité d'une révision du droit des obligations contractuelles des pays de l'OHADA, on peut noter que le déclin du principe de l'autonomie de la volonté, les développements connus depuis les années 1960 par la notion d'ordre public en matière contractuelle, l'extension de celle de la bonne foi, la découverte de nouvelles obligations par le juge dans le contrat à la faveur des "intentions tacites" (obligation de sécurité, obligation de renseignement), procédés de preuve, l'évolution de la clause pénale et celle des clauses de responsabilité etc., sont encore inconnus dans la plupart des pays concernés.

⁴ Philippe KAHN, "Les conventions internationales de droit uniforme devant les tribunaux arbitraux", *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* (2000), 126.

⁵ Isabelle VEILLARD, "Le caractère général et commercial des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international", *Revue de droit des affaires internationales*, N° 4 (2007), notamment à 482 et 484.

⁶ Voir la communication au présent Colloque de ZHANG Shaohui, "L'influence des Principes d'UNIDROIT sur la réforme du droit chinois des obligations", reproduite dans ce volume.

de la *common law* et de la *civil law*. Eu égard aux particularités de chacun de ces deux grands systèmes de droit, on pouvait craindre ici une difficulté d'admission du nouveau droit dans l'ordre interne camerounais. On sait que dans le système de la *common law*, les situations d'insuffisance de la mise en œuvre de la règle du *stare decisis* donnent parfois lieu à l'intervention du législateur par le moyen du *ouerrule*; une telle pratique n'est pas envisageable dans le système de l'OHADA. En réalité, on assisterait ici, comme cela a été déjà vécu et démontré, à un effacement des règles de fond de la *common law* du fait même de l'application directe des Actes uniformes⁷. Dans ces conditions on perçoit, au passage, que les "*common lawyers*" (les juristes formés à la *common law*) de l'espace OHADA se sentiraient plus en harmonie avec un système juridique globalisant, non typé comme celui proposé par les Principes d'UNIDROIT et repris par l'avant-projet d'Acte uniforme de l'OHADA sur le droit des contrats.

L'auteur de l'avant-projet a aussi considéré, comme nous venons de le relever, l'analphabétisme très répandu dans l'espace OHADA et la faiblesse du degré de juridicité et d'accès au droit dans les pays considérés. Sur le dernier point il se manifeste une nécessité de formation et de sensibilisation des acteurs du droit et des justiciables de l'espace OHADA. Quant au premier, l'auteur en a tenu compte dans l'élaboration des règles qui se rapportent aux conditions de formation du contrat et aux modes de preuve. Ainsi l'article 1/3, paragraphe 1, du projet énonce que : "1) Le présent Acte uniforme n'impose pas que le contrat, la déclaration ou tout autre acte soit conclu sous une forme particulière". Il y a donc ici une consécration du principe du consensualisme déjà bien établi dans l'espace OHADA où, en règle générale, les contrats se forment *solo consensu*. Naturellement, une telle proposition ne devrait pas conduire à abolir des contrats nécessairement solennels tels que ceux qui concernent certaines libéralités ainsi que les transactions immobilières.

En ce qui concerne la preuve, le paragraphe second de l'article 1/3 renvoie aux textes actuellement en vigueur dans ce domaine dans les Etats concernés dans l'attente des dispositions projetées sur le droit de la preuve, compte tenu de la décision prise par le Conseil des ministres réuni à Niamey en juillet 2007 de fusionner le projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats (actuellement sous étude) et le projet d'Acte uniforme relatif au droit de la preuve qui avait été initialement envisagé comme distinct. Lesdites dispositions devraient tenir compte des positions prises par l'Acte uniforme dont l'avant-projet est sous étude.

⁷ Fidèle TEPEI KOLLOKO, "Droit et pratique de la Common Law à l'épreuve du droit OHADA", *Recueil Penant*, n° 856 (2006), 346 et 348.

C'est en fonction de ces précautions que l'avant-projet a été conçu.

Puisque nous sommes conviés à discuter de l'opportunité du choix de construire, à la faveur de la réforme envisagée, un droit commun général des contrats, il nous semble qu'il faille dans un premier temps examiner, beaucoup plus avant, l'ambition qui a animé son auteur. Cette ambition n'est certainement pas étrangère aux critiques qui sont adressées à l'oeuvre. L'examen de ces deux aspects nous permettra certainement de saisir la démarche de l'avant-projet tout en dégagant des éléments utiles à la discussion et aux échanges appelés par nos assises.

I. – UNE DEMARCHE AMBITIEUSE

Cette ambition est décelable dans la volonté d'ouverture sur le monde manifestée par l'auteur de l'avant-projet. Elle l'est aussi, et surtout, au regard du domaine d'application de l'Acte uniforme qu'il a proposé au législateur OHADA.

A. Une volonté d'ouverture sur le monde

L'OHADA, elle-même, est née dans un contexte de "mondialisation" voire de "planétarisation" du droit⁸ où on assiste, entre autres, à une "concordance plus ou moins grande et nette des régimes juridiques applicables aux activités économiques, quel que soit le lieu de leur accomplissement"⁹. Dans ces conditions, on peut comprendre et se féliciter du recours fait aux Principes d'UNIDROIT dans la conception de l'avant-projet d'Acte uniforme sous étude et qui l'inscrit réellement, et opportunément, dans le mouvement contemporain.

On se rappelle, en effet, que ces Principes sont le résultat du travail de juristes comparatistes de différents systèmes qui visaient à l'élaboration de règles qui transcendent les particularismes observés ici et là et, spécialement, ceux qui se rapportent aux grands systèmes que sont la famille romano-germanique et celle de la *common law*¹⁰. Autrement dit, ils sont le produit non pas de considérations diplomatiques, souvent marquées de conservatisme, mais celui de contributions particulièrement avisées d'experts confirmés qui étaient préoccupés de "solutions pratiques"¹¹.

⁸ Joseph ISSA-SAYEGH / Jacqueline LOHOUES-OBLE, *OHADA. Harmonisation du droit des affaires*, Collection droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles (2002), n° 1 et 3.

⁹ *Ibid.*, n° 3.

¹⁰ Marcel FONTAINE, "Les Principes d'UNIDROIT : expression de la pratique contractuelle actuelle ?", *Bulletin de la Cour international d'arbitrage de la CCI*, Suppl. spécial 2002, 101 et s.

¹¹ KAHN, *supra* note 4, 126.

Notons aussi, d'un autre côté, que l'adoption des Principes d'UNIDROIT, sans recours au mode du traité interétatique, procède des insuffisances observées dans cette approche conventionnelle. Son efficacité dans le domaine de l'encadrement des activités commerciales était devenue problématique du fait, notamment, des difficultés des négociations internationales conduites par des plénipotentiaires ressortant actuellement de plus de deux cents pays, des délais de ratification rendant incertaine la date d'entrée en vigueur d'un traité ainsi que des réserves qui en compliquent l'application etc.¹². Ce n'est pas le succès planétaire de la méthode ainsi retenue qui démentirait aujourd'hui la clairvoyance des promoteurs de ces Principes et qui en fait une source d'inspiration dotée d'un grand rayonnement universel pour le législateur OHADA.

Il n'est certainement pas négligeable d'ajouter ici que le recours fait aux Principes d'UNIDROIT permet de capter avantageusement la jurisprudence et la doctrine qui s'élaborent, partout dans le monde, sur la base de ces Principes¹³. Cela pourra donc apporter un enrichissement incontestable et conférer une efficacité et une crédibilité certaines au nouveau droit aidant ainsi, notablement, à atteindre l'objectif de sécurité juridique visée par les fondateurs de l'OHADA.

Mais il ne suffisait pas de s'inspirer des Principes d'UNIDROIT pour faire un droit des contrats moderne, adapté et fonctionnel dans l'espace OHADA. D'abord, ces Principes s'adressent aux contrats du commerce international et n'ont donc pas, normalement, vocation à régir les contrats civils surtout de droit interne. Il importait donc de déterminer, en l'occurrence, si l'on doit cantonner la réglementation entreprise des contrats aux seuls contrats commerciaux ou y donner un champ plus large. L'OHADA elle-même vise "le droit des affaires", mais que doit-on entendre ici par "droit des affaires" ? Si, comme cela été rappelé, "on s'accorde, au sens étroit, à dire que le droit des affaires coïncide avec le droit commercial", il demeure aussi que, dans une conception large, jamais éloignée dans les faits, le droit des affaires "englobe la réglementation des différentes composantes de la vie économique : ses cadres juridiques (réglementation du crédit, de la concurrence) ; ses acteurs

¹² Jürgen BASEDOW, "Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* (2000), 129.

¹³ Voir la communication au présent Colloque de Samuel Kofi DATE-BAH reproduite dans ce volume ; *idem*, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of the Principles of Commercial Contracts in West and Central Africa", *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* (2004), 272; Marcel FONTAINE, *Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats. Note explicative à l'avant-projet, supra note (*)*, n° 12.

(commerçants, sociétés, intermédiaires du commerce ...) ; les biens et services qui en sont l'objet ; les activités économiques (production, distribution, consommation ...)” 14. Il découle de cette conception élargie que le droit des affaires “se rapproche du droit économique (...) [qui] désigne l'ensemble des règles de droit concourant à l'organisation et au développement de l'économie (...)” 15.

D'ailleurs, dans le cadre défini par le système OHADA, “le champ à uniformiser apparaît (...) pratiquement sans limite” 16. Effectivement, la lecture de l'article 2 du Traité de Port-Louis (Maurice) du 17 octobre 1993, fondateur de l'organisation, suggère que “toute discipline juridique de nature à faciliter l'activité des entreprises, à encourager les investissements et à promouvoir les échanges régionaux et internationaux” 17 y trouve place.

C'est donc en considération de tout cela que l'avant-projet d'Acte uniforme a fait le choix de son domaine d'application que son auteur a voulu unique et général.

B. La proposition d'un droit unifié des contrats

L'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats offre une option aux Etats parties en son chapitre introductif relatif au champ d'application: il s'agit pour eux de choisir entre un droit commun, général et unique, des contrats ou un droit des contrats commerciaux.

Pour le rédacteur de l'avant-projet, la “préférence va à un droit des contrats unifié, donc d'un acte uniforme s'étendant tant aux contrats civils qu'aux contrats commerciaux” 18.

Ainsi conçue la réforme envisagée est-elle techniquement concevable ? Si oui, cette réforme recèle-t-elle une quelconque utilité ?

D'abord cette réforme, dont la préparation a été demandée par le Conseil des ministres de l'organisation, instance compétente à l'effet, est tout à fait concevable, d'un point de vue technique, dans la mesure où, comme nous venons de le rappeler plus haut, le traité de Port-Louis vise “l'harmonisation

14 ISSA-SAYEGH / LOHOUES-OBLE, *supra* note 8, n° 259.

15 *Ibid.*

16 *Ibid.*, n° 261.

17 Paul-Gérard POUGOUE, *Présentation générale et procédure en OHADA*, Collection droit uniforme, Presses Universitaires d'Afrique, Yaoundé (1998), 12.

18 Marcel FONTAINE, *supra* note (*), n° 24.

du droit des affaires dans les Etats Parties" c'est-à-dire, en définitive, "une partie importante du droit des activités économiques" ¹⁹.

Même si l'article 2 de ce même traité a énuméré huit matières à "harmoniser", il n'y est pas moins ajouté que "toute autre matière que le conseil des ministres déciderait à l'unanimité, d'y inclure ..." en faisait partie. Il n'était donc pas impossible qu'un droit commun des contrats (tant civils que commerciaux) puisse être envisagé dans ce cadre. Il en est de même en ce qui concerne les contrats de consommation qui font déjà l'objet d'un avant-projet d'Acte uniforme spécifique. Le débat doit cependant exclure ici ce dernier type de contrat dans la mesure où l'avant-projet susvisé ne propose aucune règle de droit de commun en matière contractuelle.

A la vérité, l'unicité d'un droit commun des contrats est tout à fait indiquée pour prévenir le risque, contreproductif en termes de sécurité juridique, de la cohabitation d'un droit commun des contrats propre à chaque Etat de l'espace OHADA avec un droit uniforme des contrats commerciaux. Semblable situation ne mettrait pas à l'abri de distorsions dommageables à l'épreuve de la mise en œuvre du droit.

Quoi qu'il en soit, l'option d'un droit commun uniforme des contrats n'a pas convaincu tous les juristes concernés : l'ambition de l'auteur est vraiment critiquée.

II. – UNE AMBITION CRITIQUEE

On a avancé contre l'option d'un droit commun uniforme des contrats, fondé sur les Principes d'UNIDROIT :

- une extension indue du domaine d'intervention normatif de l'OHADA ;
- une nouvelle atteinte massive à la compétence des juridictions nationales de cassation ;
- des difficultés d'accès à la Justice du fait de l'éloignement de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'OHADA de la plupart des pays par elle desservis.

Ces différentes critiques ne résistent pas à l'analyse. L'expérience prouve à suffisance l'efficacité tant au plan normatif qu'à celui de la réalisation juridictionnelle des Actes uniformes transversaux (droit des sûretés,

¹⁹ Jean PAILLUSSEAU, "Le droit de l'OHADA. Un droit très important et original", *JCP, Cahiers de droit de l'entreprise*, N° 5 (2004), 3.

procédures simplifiées de recouvrement des créances, droit de l'arbitrage) déjà intervenus. Il ne paraît pas non plus défendable de voir la CCJA comme une institution étrangère aux Etats OHADA, et à leur système juridictionnel, exerçant une oppression envahissante.

En somme, ces critiques, qui se sont enrichies récemment de nouveaux développements se rapportent, pour les unes, au contenu de l'avant-projet, et, pour les autres, à ce problème de transfert de compétence juridictionnelle à la CCJA ainsi qu'au maintien de certains acquis du système civiliste.

A. Les critiques relatives au contenu du projet

Ces critiques peuvent être ordonnées en deux points, à savoir, d'une part, l'inadéquation de l'avant-projet à constituer un droit commun général et unifié et, d'autre part, son inadéquation à constituer un Acte uniforme spécifique aux contrats commerciaux.

On a reproché à l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats d'être incomplet, faute d'avoir abordé les questions de théorie générale, pour valablement fournir un encadrement général des engagements contractuels. Une analyse fine pourrait peut-être aider à déceler les insuffisances ainsi dénoncées²⁰. Mais, sans aller ici dans des détails très avancés, il apparaît que le texte de cet avant-projet est plus dense, plus ample que les règles relatives aux obligations contractuelles héritées de la colonisation ou posées plus récemment au plan national dans l'espace OHADA sous l'inspiration du droit français. En fait, il ne devrait pas être difficile, le cas échéant, de combler les considérations omises si, nous semble-t-il et comme nous le verrons plus loin, les questions de transfert de compétences juridictionnelles et de fidélité à un héritage juridique n'étaient posées.

Nous pouvons constater que l'avant-projet organise, provisoirement, la matière, en treize chapitres constitués de deux cent vingt quatre articles. Ces différents chapitres sont les suivants : – Champ d'application ; – Dispositions générales ; – Validité ; – Interprétation ; – Contenu du contrat et droit des tiers ; – Exécution ; – Inexécution ; – Compensation ; – Confusion ; – Obligations conditionnelles, solidaires et alternatives ; – Cession de créances,

²⁰ Il a été notamment relevé que l'avant-projet accuse un défaut quant à la définition de l'objet du contrat, se limite au seul contrat à durée déterminée, traite des aspects particuliers et des effets de la résolution sans évoquer celle-ci dans son principe (voir : Paul-Gérard POUGOUE, "L'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire", <www.ohada.com> D-07-41).

cession de dettes, cession de contrats ; – Délais de prescription ; – Protection des créanciers et des tiers.

En comparaison, le Code des obligations civiles et commerciales de la République du Sénégal a traité le régime général des contrats en 77 articles (articles 41 à 117) organisés en trois chapitres : – Règles générales (liberté et classification des contrats) ; – La formation du contrat (les contractants : la capacité de contracter ; le consentement ; l'objet ; la cause ; l'échange des consentements ; sanction des règles de formation des contrats) ; – Les effets du contrat (effets entre les parties : l'interprétation des contrats et les règles particulières au contrat synallagmatique ; effets à l'égard des tiers : la simulation, la stipulation pour autrui et les conventions collectives) ²¹.

Quant à la loi malienne portant régime général des obligations, elle a, en un chapitre composé de quatre vingt dix (90) articles (articles 20 à 109), posé les règles relatives aux obligations contractuelles. Ces différentes règles qui, comme celles résultant du Code des obligations Civiles et Commerciales de la République du Sénégal, ont été fortement inspirées par les dispositions du Code civil français relatives au contrat, portent sur les points suivants : – Les différentes catégories de contrats ; – La formation et la validité des contrats ; – Sanctions des règles de formation des contrats ; – Les modalités pouvant affecter certaines obligations ; – L'inexécution des obligations résultant d'un contrat synallagmatique.

Il en résulte qu'une insuffisance d'appréhension des différents problèmes juridiques du droit des contrats par l'avant-projet d'Acte uniforme sous étude est difficilement soutenable. Il semble en être d'autant plus ainsi au regard du rejet prôné d'un Acte uniforme spécifique aux contrats commerciaux.

Mais la critique ne retient pas seulement que l'avant-projet omet d'embrasser l'intégralité des règles générales applicables aux obligations contractuelles. Elle va plus loin encore pour soutenir que, même si l'on devait se cantonner aux contrats commerciaux, il serait tout aussi irrecevable. Plusieurs raisons ont été articulées à cet égard:

- d'abord, il a été soutenu que dans le système de l'OHADA, on doit s'en tenir à "une conception stricte du droit des affaires" ²² ;
- ensuite, et en conséquence de cette conception stricte, "une théorie générale des contrats commerciaux n'a pas de sens" dans la mesure

²¹ Cf. le site Internet du gouvernement de la République du Sénégal.

²² Voir POUGOUE, *supra* note 20, 5.

où il s'agit de "recenser des actes économiques spécifiques dont le régime juridique sera uniformisé" ²³.

On peut, sans doute, seulement rappeler ici que l'expérience de l'OHADA nous met en présence de plusieurs Actes uniformes transversaux déjà en vigueur à savoir l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés ²⁴, l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ²⁵ et l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage ²⁶.

Les critiques ne s'arrêtent pas non plus au contenu de l'avant-projet. Elles associent aussi les questions de transfert de compétence juridictionnelle et de sauvegarde de l'héritage du droit français.

B. Les critiques de l'avant-projet relatives aux questions de compétence juridictionnelle et au sort de l'héritage civiliste

Un des points qui cristallise les critiques contre l'avant-projet se situe dans le transfert de compétence juridictionnelle que son adoption aurait provoqué au profit de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'OHADA. Sous le couvert d'un abandon intolérable de souveraineté législative et judiciaire, les juridictions de cassation nationales qui, à travers l'Association africaine des hautes juridictions francophones (AAHJF), réclamaient déjà à Lomé, en 2006, "une nécessaire et impérieuse révision du traité de Port-Louis dans le sens de permettre aux juridictions nationales de retrouver pleinement leurs prérogatives relatives aux attributions dont elles ont été dépouillées par la CCJA" ²⁷, ne voudront jamais tolérer une nouvelle perte de terrain. Cette position a été reprise, mais sans doute beaucoup plus par fidélité à l'héritage civiliste, par la "Réunion des Forces Vives de l'OHADA" tenue récemment (du 8 au 10 novembre 2007) sous l'égide de l'organisation communautaire à Douala (Cameroun).

Au regard de la position des Hautes Juridictions Francophones, on peut conjecturer que l'avant-projet d'Acte uniforme de l'Organisation pour

²³ *Ibid.*, 6.

²⁴ *J.O. OHADA*, 01/07/98, 1.

²⁵ *J.O. OHADA*, 01/06/98, 1.

²⁶ - *J.O. OHADA*, 15/05/99, 2.

²⁷ Cf. Rapport de synthèse du colloque tenu à Lomé du 6 au 9 juin 2006 sur le thème "Rapports entre les juridictions de cassation nationales et la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : Bilan et perspectives d'avenir", inédit.

l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) sur le droit des contrats ne sera probablement pas, dans un délai prévisible, adopté par les instances compétentes de l'organisation. Dans un système légaliste, un système de droit consenti par le pouvoir politique comme celui de l'OHADA, cet avant-projet est confronté à un adversaire trop redoutable dans la fronde conduite et exprimée par cette association l'AAHJF. On se rappelle, qu'à la faveur du même colloque de Lomé sus-rappelé, cette association a fait état d' "un malaise général" qui l'a poussée à exprimer "la nécessité d'éviter que les juridictions de cassation nationales soient amenées à disparaître par le fait de l'accaparement complet par la cour communautaire de ses champs d'action" 28.

En fait, les responsables des hautes juridictions concernées donnent l'impression, qu'à leurs yeux, la CCJA est une juridiction étrangère alors même qu'elle est effectivement et totalement intégrée à l'organisation judiciaire de chacun des pays de l'espace OHADA. Tout se passe comme si les Cours de cassation actuelles, là où il en existe, revendiquaient les compétences cédées aux Conseils d'Etat, Cours des comptes et Cours ou Conseils constitutionnels qui partagent désormais avec elles le sommet de la hiérarchie juridictionnelle.

Malheureusement, ces juridictions disposent des moyens de leurs prétentions parfois exaspérées : les organes de ces institutions ont l'oreille du pouvoir politique, le pouvoir qui consent le droit légiféré ; en outre, leur influence est bien ancrée au sein des Commissions nationales OHADA, à travers les très nombreux hauts magistrats qui y siègent, sans compter leur mission, officielle ou officieuse mais partout et toujours effective, de conseiller juridique des gouvernements ou des gouvernants.

Ces prétentions ne recouvrent aucun obstacle de droit. Il n'est pas de la vocation d'une juridiction, fut-elle haute, d'indiquer au législateur le choix des projets de société que celui-ci doit retenir comme utiles ou nécessaires à la gestion publique. Autrement dit, si la décision qui a été prise par le conseil des ministres de l'OHADA d'établir un Acte uniforme sur le droit des contrats avait été bien mûrie et recevait l'adhésion réelle de tous, et si les Commissions nationales n'y opposaient aucune objection dirimante, on ne voit pas pourquoi le projet ne devrait pas aboutir. Mais nous devons attendre de voir, d'autant plus que la position des juridictions de cassation n'a pas laissé insensibles les "Forces vives de l'OHADA".

La réunion de ces "Forces vives de l'OHADA" a retenu, en effet, à son tour que l'organisation doit :

28 *Ibid.*

- “– Délimiter clairement le champ matériel à uniformiser :
- en évitant les approches trop globalisantes qui participent à la fois de la théorie générale et du droit spécial de type droit des contrats ou droit de la preuve ;
 - en s'en tenant à des domaines bien identifiés et spécifiques se rapportant aux acteurs et aux procédures économiques, sans s'immiscer, sauf concertation préalable, dans les domaines d'intervention des organisations communautaires concurrentes de l'OHADA.”²⁹.

Cette résolution est tout à la fois un retentissement de la position de l'AAHJF et l'expression de l'attachement à une tradition juridique, la tradition civiliste d'inspiration française.

Si comme cela avait été relevé, le dépouillement des Cours suprêmes était déjà en marche semblant annoncer l'heure où l'on devait constater que “le roi est nu”³⁰ cela ne pouvait laisser indifférents les juristes de l'espace OHADA dont naturellement beaucoup sont proches des palais.

On ne doit pas, par ailleurs, perdre de vue, dans l'attitude des “Forces Vives de l'OHADA”, composées essentiellement de juristes civilistes de culture française, la difficulté d'admettre l'évacuation des acquis du droit français, dont certaines formules et institutions sont quasiment “sacrées” pour ses héritiers. Prétendre, par exemple, toucher à la “cause”, à la “force obligatoire des contrats” telle que conçue par le Code civil, à la “force majeure”, à la “résolution judiciaire des contrats” etc. dans l'espace OHADA d'aujourd'hui ne semble visiblement pas, quelle que puisse être la légitimité de la démarche, très avisé. Des formules telles que celles des articles 6, 1134, 1142 du Code civil français sont très chères aux intéressés. Le projet aurait probablement gagné en efficacité en s'inspirant des travaux de “l'avant-projet Catala” alors parallèlement en cours³¹.

²⁹ Voir le communiqué de presse diffusé à l'issue de cette manifestation sur le site <www.ohada.com>.

³⁰ Laurent BEN KEMOUN, “Les rapports entre les juridictions de cassation nationales et la CCJA de l'OHADA : aspects conceptuels et évaluations”, *Recueil Penant*, n° 860 (2007), 299.

³¹ Voir sur le site Internet <www.henricapitant.org>, *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*. Rapport présenté à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, le 22 septembre 2005, 2.

Présentée par le Professeur Jacques GHESTIN dans cet avant-projet ³², la "cause", pour ne retenir que cet exemple, y garde toute sa place dans une volonté "d'affirmer (...), conformément à notre tradition juridique, [qu'] une cause réelle et licite reste une condition de validité du contrat ..." même si cette reconduction a tenu compte de la jurisprudence et de la doctrine disponibles ³³.

La tradition ainsi proclamée n'est pas seulement celle des juristes français "pure laine", c'est aussi celle des juristes africains de tradition française majoritaires dans l'espace OHADA. Il en ressort, par exemple, que l'article 1124 de "l'avant-projet Catala" se conçoit comme suit : "La convention est valable quand l'engagement a une cause réelle et licite qui le justifie". On aura bien perçu qu'il ne s'agit-là que d'une reprise, en la forme affirmative, de l'actuel article 1131 du Code civil qui dispose que "l'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet". Etait-ce impossible de faire une part à ces attentes dans l'avant-projet d'Acte uniforme de l'OHADA sur le droit des contrats ?

III. – CONCLUSION

Il semble que ne doivent prévaloir, dans un monde qui se resserre de jour en jour, que l'avancée si utile et si positive de l'uniformisation du droit, retenue par les fondateurs de l'OHADA, et la recherche de la performance des outils de ce projet.

L'adoption de l'Acte uniforme sur le droit des contrats inspirés des Principes d'UNIDROIT constituerait un progrès considérable pour les pays concernés en terme de sécurité juridique partagée. Elle apporterait un droit nouveau, moderne et quasiment universel. Mise à part la contestation développée par certains milieux juridiques et judiciaires des pays membres de l'OHADA du fait d'une nouvelle perte de compétence des juridictions de cassation nationales, au profit de la CCJA, mais aussi d'une certaine remise en cause, vécue comme étant intolérable, de l'héritage du droit français des obligations, ce texte qui allie tous les apports des différentes cultures juridiques, n'est confronté à aucun obstacle de principe.

Ne pourrions-nous pas, dans la démarche qui nous occupe ici en ce moment de réfléchir sur cet avant-projet, nous souvenir même si, en définitive, notre intention ne doit pas être d'anéantir l'héritage civiliste

³² Pp. 25 et s. du projet.

³³ *Ibid.*

majoritaire, que “L’effort de modernisation réalisé par les Français en 1804 est une preuve d’ouverture et d’adaptation qui se prolongent aujourd’hui.” et que “la leçon tirée des conditions d’élaboration du code civil français doit être mise à profit pour l’élaboration d’un code international” ; dans ce sens, “Le clivage entre pays de coutumes et pays de droit écrit devient, au plan mondial, un clivage entre pays de *common law* et pays de droit civil”³⁴. Sauf peut-être à souligner, malgré tout, que le conflit n’est pas à proprement parler ici entre système civiliste et système de *common law*, les Principes d’UNIDROIT qui ont guidé le rédacteur du projet ayant emprunté à tous les systèmes.



THE SCOPE OF APPLICATION OF THE PRELIMINARY DRAFT OHADA UNIFORM ACT ON CONTRACT LAW – CONTRACTS IN GENERAL / COMMERCIAL CONTRACTS / CONSUMER CONTRACTS (Abstract)

Dorothé C. SOSSA (Agrégé of the law faculties ; former Minister of Justice ; Dean of the law faculty of the University of Abomey-Calavi (Benin)).

The preliminary draft OHADA Uniform Act on contract law gives the OHADA member States a choice: should the text establish a common, general and uniform law of contracts or should it confine itself to commercial contracts?

The legacy left by the European colonial powers, which, as far most of the OHADA member countries are concerned, means the French, has served extensively and well. But the world has changed much since the African countries first gained their independence and the old, comfortable system is overdue for an overhaul, indeed, on many issues, for reconstruction. The adoption, very early on, of the Code of civil and commercial obligations (Act of 10 July 1963) in Senegal, followed much later by the Malian law of 29 August 1987 on a general regime of obligations, as well as the decision taken by the OHADA Council of Ministers meeting in Bangui in 2001 to start work on a uniform act on contracts – the preliminary draft of which is being discussed here today – are clear evidence of this need.

Despite the publicity surrounding the work on a new contract law for OHADA, the project does not enjoy unanimous support. Yet a single, common, general law of contracts makes sense: the existence, side-by-side, of separate contract laws in each OHADA member State with a uniform law on commercial contracts would impair legal security since distortions and conflicts would emerge as soon as the uniform law was implemented. The problem might be further compounded if there were to be a

³⁴ Jean-Paul BERAUDO, “La modernisation et l’harmonisation du droit des contrats : une perspective européenne”, *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* (2003), 136.

separate uniform act on consumer contracts unless it were specified that such a uniform act was not intended to provide a general, basic regime.

The arguments against a common, general and uniform contract law include that it would unduly extend OHADA's sphere of normative intervention; that the national courts of cassation would have to surrender even more of their jurisdiction to the Common Court of Justice and Arbitration (CCJA); and that it would become even more difficult to obtain justice, in terms of access to the courts, due to the CCJA being located so far from most of the countries it serves.

However, these arguments fall apart upon analysis. Experience has abundantly demonstrated the effectiveness – both at the normative level and in the courts – of such uniform acts as those on secured transaction law, simplified procedures for the recovery of debts and arbitration law) that are already in operation. Likewise, there seems scant ground for regarding the CCJA as an institution foreign to the OHADA member States, with power to oppress and threaten national jurisdiction.

In a world which is growing smaller by the day, the march of uniform law appears both useful and positive, as well as unstoppable, a fact the truth of which has been recognised by the founders of OHADA. The next step is to ensure that the tools proposed by this commendable text can be made to work effectively and well.

