

Formalisme et preuve des obligations contractuelles dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats

Félix Onana Etoundi *

Comment le contrat devrait-il se former et engendrer des obligations dans le futur droit des contrats en cours d'harmonisation dans l'espace OHADA ? Suffira-t-il d'un simple accord de volonté des parties ou faudra-t-il en plus que cette volonté s'exprime dans des formes particulières ? Par quel moyen devra-t-on prouver l'existence du contrat dans ce droit harmonisé, par un écrit, oralement ou par témoin ?

Autant de questions auxquelles l'harmonisation du droit OHADA des contrats devrait apporter des solutions.

De fait, il conviendrait de rappeler que le recours aux Principes d'UNIDROIT pour élaborer le futur régime des contrats dans les Etats de l'OHADA a suscité un certain nombre d'inquiétudes dont celle de la prise en compte des spécificités africaines.

Car le droit des contrats jusque-là applicable dans la plupart des pays de l'OHADA est quelque peu partagé entre le système du code civil hérité du droit français et le droit traditionnel des obligations. Ainsi d'un côté, le formalisme inspiré du droit français représente l'exception, le principe qui domine toute la formation du contrat étant le consensualisme en vertu duquel les parties sont obligées et le contrat formé par cela seul qu'elles l'ont voulu et de quelque manière que leur volonté se soit exprimée¹. De l'autre côté, la

* Magistrat, Docteur d'Etat en Droit des Affaires, Juriste à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA ; Chargé de Cours Associé à l'Université Catholique d'Afrique de l'Ouest (UUA) et à l'Université Internationale Bilingue Africaine d'Abidjan (Côte d'Ivoire).

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 En règle générale, la validité du contrat ne dépend d'aucune formalité et n'est pas affectée par le procédé d'expression de la volonté.

doctrine a démontré que sans pouvoir conclure à l'existence d'une théorie générale traditionnelle des obligations en Afrique, des recherches en jurisprudence ont néanmoins révélé qu'un droit traditionnel des contrats a existé avant l'époque coloniale et continue, malgré l'influence du code civil hérité du législateur colonial français, à connaître des vestiges d'application grâce à des règles originales relatives à la formation et à la preuve du contrat². Parmi ces quelques règles qui ont résisté au code civil et gardé toute leur originalité dans la pratique contractuelle africaine, on peut citer le caractère solennel du contrat et la preuve testimoniale.

La réalité africaine étant l'analphabétisme et l'oralité, la formule la mieux adaptée à la sécurité des transactions dans les Etats de l'OHADA serait-elle un futur droit des contrats formaliste ou non formaliste (I), et un droit des contrats soumis aux exigences particulières de preuve ou impliquant la liberté probatoire (II) ?

I. – LE FUTUR DROIT OHADA DES CONTRATS, DROIT FORMALISTE OU DROIT NON FORMALISTE ?

La question du formalisme dans l'harmonisation du futur droit OHADA des contrats se pose davantage par rapport au taux très élevé d'analphabétisme observé dans les milieux d'affaires en Afrique. Les données de la question ont été fort pertinemment exposées dans la note explicative de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats par le Professeur Marcel FONTAINE³. Il n'est pas sans intérêt d'y revenir brièvement (A), avant de discuter des solutions retenues par l'avant-projet (B).

A. Les données de la question du formalisme dans l'harmonisation du droit OHADA des contrats

Dans ses recherches préparatoires en vue de l'élaboration de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats, le Professeur Fontaine remarque au cours de ses voyages qu'il existe un fort taux d'analphabétisme dans les pays de l'OHADA. Et du coup s'est posée la question de savoir si l'absence de formalisme dans la formation du contrat était la solution la mieux adaptée pour protéger les illettrés, ou si au contraire la protection de ces illettrés viendrait d'un minimum d'exigences de forme ?

² S. MELONE, "Les résistances du droit traditionnel au droit moderne des obligations", Actes du Colloque de Dakar, 5-9 juillet 1977, *Revue Sénégalaise de Droit* (1977), 47.

³ Expert choisi par UNIDROIT pour rédiger l'avant projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats.

Certains interlocuteurs ont préconisé une large absence de formalisme en raison d'un analphabétisme encore largement répandu dans les milieux d'affaires des pays de l'OHADA, estimant de ce fait que le droit OHADA doit être à la portée de tous les justiciables grâce à une plus grande simplification de ses procédures.

D'autres par contre, notamment les notaires, se sont montrés favorables à une généralisation du formalisme de l'écrit dans la formation du contrat ⁴.

Le Professeur Fontaine souligne que face à ces deux extrêmes, la majorité de ses interlocuteurs s'était montrée favorable à un certain degré de formalisme dans le futur droit des contrats en cours d'harmonisation dans l'espace OHADA.

L'auteur de l'avant-projet ayant déjà pris position en faveur d'un droit général des contrats concernant tant les contrats civils que les contrats commerciaux ⁵, et dont les règles ont vocation à s'appliquer à défaut d'un régime particulier, quelles sont les solutions envisagées dans son texte et quelle est leur pertinence ?

B. Les solutions de l'avant-projet

L'avant projet d'Acte uniforme proposé par le Professeur Fontaine ne subordonne la conclusion du contrat à aucune exigence de forme, adoptant par là le principe du consensualisme en vertu duquel un contrat se forme normalement par le seul échange des consentements des parties. Telle est toute la signification des dispositions de l'article 1/3.1^o de l'avant-projet aux termes desquelles : *"Le présent Acte uniforme n'impose pas que le contrat, la déclaration ou tout autre acte soit conclu sous une forme particulière"*.

Si l'on peut comprendre les raisons d'une consécration objective de ce principe fondamental du consensualisme inspiré des Principes d'UNIDROIT ⁶ dans l'avant-projet d'harmonisation du droit OHADA des contrats, on peut tout de même lui trouver quelques inconvénients.

⁴ Les notaires avaient notamment insisté sur le rôle de conseil qu'ils pouvaient jouer dans la rédaction des actes prouvant l'existence du contrat.

⁵ Dans sa note explicative de l'avant-projet, le Professeur Fontaine soutient l'idée d'un droit général des contrats régissant à la fois les contrats civils et les contrats commerciaux.

⁶ L'art. 1.2(1) des Principes prévoit que *"ces Principes n'imposent pas que le contrat, la déclaration ou tout autre acte soit conclu ou constaté sous une forme particulière"*.

1. La solution de principe : le consensualisme

Plusieurs raisons peuvent expliquer le choix du consensualisme comme mode de formation du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats :

1.1 Principe hérité du droit français, le consensualisme est déjà en vigueur dans presque tous les pays de l'OHADA et c'est tout naturellement qu'il devrait être maintenu dans l'harmonisation d'une théorie générale du contrat dans ces pays. Il y a là un principe du reste traditionnel dont l'application tend à être universelle, et qui s'avère une condition indispensable pour la fluidité des opérations commerciales dans une économie de marché. Cela est d'autant avéré que le principe se justifie par les impératifs de célérité et de confiance qui caractérisent la vie des affaires ; il est donc en pratique synonyme de rapidité et d'économie. Un auteur souligne fort à propos *“qu'en facilitant la conclusion des contrats, le consensualisme permet d'accroître l'activité commerciale et les échanges de services et de richesses”* ⁷.

2.2 Le consensualisme étant le principe déjà retenu dans certaines dispositions d'Actes uniformes préexistants en matière de formation de certains contrats, sa consécration comme principe général posera moins de problèmes d'harmonisation et de cohérence. Il en est ainsi de :

– la vente commerciale prévue à l'article 208 de l'Acte uniforme portant droit commercial général. Ce texte prévoit que *“le contrat de vente commerciale peut être écrit ou verbal ; il n'est soumis à aucune condition de forme”*. Cette disposition est très proche de l'article 11 de la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises* qui écarte tout formalisme : *“le contrat de vente n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune condition de forme ...”* ⁸.

– du bail commercial qui aux termes des dispositions de l'article 71 de l'Acte uniforme portant droit commercial général peut être écrit ou verbal, le locataire ne pouvant être condamné à signer un bail écrit sous astreinte ⁹.

– du contrat de mandat qui *“peut être écrit ou verbal et n'est soumis à aucune condition de forme”*, en vertu des dispositions de l'article 144 de l'Acte uniforme portant droit commercial général.

⁷ J.R. GOMEZ, “Un nouveau droit de la vente commerciale en Afrique”, *Recueil Penant* (1998), 156-157.

⁸ Ce texte de l'art. 11 de la Convention de Vienne reprend en réalité la solution déjà consacrée par les Conventions de la Haye de 1964 sur la vente.

⁹ Cour d'Appel d'Abidjan, Arrêt n° 0330 du 10 mars 2000, inédit.

– des contrats de consommation qui font l'objet d'un projet d'Acte uniforme distinct, et dont l'article 21 de l'avant-projet prévoit l'absence de formalisme.

Pour autant que ce principe du consensualisme corresponde à un régime général des contrats, tient-il suffisamment compte des spécificités africaines ? On peut en douter.

2. Les inconvénients d'un droit OHADA des contrats non formaliste

Deux principaux inconvénients peuvent résulter de la consécration d'un droit des contrats non formaliste dans l'espace OHADA.

2.1 La consécration du consensualisme ne semble pas suffisamment prendre en compte les modalités d'un formalisme de protection propre au droit traditionnel africain où le contrat est solennel en ce qu'il ne se forme pas seulement par un simple échange de consentements, sa validité étant en plus subordonnée à la présence d'un témoin lors de sa formation, lequel pourra en rapporter la preuve. Il convient de ce fait de rappeler que ce formalisme protecteur a survécu dans certaines législations. Il en est ainsi de l'article 20 de la loi sénégalaise qui exige, pour que le contrat soit valablement formé, la présence de deux témoins certifiant dans l'écrit l'identité et la présence du cocontractant, et attestant que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés. Il en est également de la loi togolaise qui prévoit la procédure "d'affirmation" par laquelle les parties comparaissent devant une autorité locale (maire) ou administrative (préfet), avec un interprète assermenté.

Le Professeur Fontaine a certes relevé les limites du fonctionnement de tels systèmes dans la pratique¹⁰. Mais, il demeure que cette pratique contractuelle rentre dans les usages du droit traditionnel africain où la présence de témoins traduirait l'aspect social du contrat ainsi garanti par la collectivité. C'est pour cette raison que dans le cadre d'une réflexion, nous avons déjà suggéré que le projet d'harmonisation du droit OHADA des contrats reprenne la théorie de la volonté déclarée du droit traditionnel africain qui assure une plus grande sécurité juridique par rapport au concept de volonté réelle ou psychologique du code civil¹¹.

Or, contrairement à ce que l'on pourrait à priori penser, au-delà de l'article 1/3 énonçant l'absence d'exigence de forme particulière du contrat,

¹⁰ Cf. Note explicative à l'avant projet, *supra* note (*), n° 28 et seq.

¹¹ Félix ONANA ETOUNDI, "Les Principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats", *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* (2005), 702.

d'autres dispositions de l'avant-projet montrent que le futur droit OHADA des contrats proposé invite à rechercher l'intention au-delà de la manifestation extérieure de volonté. On notera ainsi l'article 4.1 de l'avant-projet d'Acte uniforme qui prévoit que *"le contrat s'interprète selon la commune intention des parties"*, l'article 2.1 sur le mode de formation du contrat qui prévoit que *"le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord"*. On peut du reste s'interroger sur le point de savoir si ces dispositions suffisent à corroborer l'idée résultant de l'article 3.2 des Principes d'UNIDROIT (non repris dans l'avant-projet d'Acte uniforme) selon laquelle *"Pour conclure, modifier un contrat ou y mettre fin, il suffit de l'accord des parties et de lui seul"*.

On pourrait également évoquer des dispositions de caractère plus technique que sont les articles 2/2 (*définition de l'offre*) et 2/6 (*mode d'acceptation*) de l'avant-projet dont ce dernier prévoit notamment : *"constitue une acceptation toute déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre"* et que *"ni le silence, ni l'inaction ne peuvent à eux seuls valoir acceptation"*, reflétant le principe de l'article 4/1 de l'avant-projet : *"le contrat s'interprète selon la commune intention des parties"*.

Sous réserve des vices du consentement qui sont traités dans le chapitre sur la validité du contrat, nous pensons pour notre part que s'agissant du mode de formation, de l'offre et de l'acceptation, la volonté déclarée devrait se suffire à elle seule pour former le contrat.

2.2 S'agissant d'un Acte uniforme qui consacrerait un droit général des contrats régissant tant les contrats civils que les contrats commerciaux, si le principe du consensualisme ne poserait pas de problème particulier de coordination avec les dispositions des autres Actes uniformes prévoyant l'absence de formalisme dans la formation de certains contrats commerciaux (vente commerciale, bail commercial, mandat, contrat de consommation), il n'en sera pas de même s'agissant des solutions plus exigeantes en matière de formation de certains contrats civils tels que :

– le cautionnement qui suppose à peine de nullité un minimum de formalisme pour sa constitution : il doit être consenti par écrit, et le montant de la garantie doit être exprimé en chiffres et en lettres de la main de la caution (article 4 de l'Acte uniforme sur les sûretés).

– le gage qui n'est opposable aux tiers que s'il est constaté par un écrit dûment enregistré, qu'il garantisse une créance civile ou commerciale (article 49 de l'Acte uniforme sur les sûretés).

– le nantissement qui doit être constitué par acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré (article 65 de l'Acte uniforme portant droit des sûretés sur le nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières, article 70 pour le nantissement du fonds de commerce, article 94 pour le nantissement du matériel professionnel et des véhicules automobiles et article 101 pour le nantissement des stocks).

– l'hypothèque qui doit être consentie soit par acte authentique établi par le notaire territorialement compétent ou l'autorité administrative ou judiciaire habilitée à faire de tels actes, soit par acte sous seing privé dressé suivant un modèle agréée par la conservation de la propriété foncière.

De ce point de vue, si les contrats commerciaux peuvent s'accommoder d'une absence de formalisme ou d'un formalisme plus léger¹², un certain degré de formalisme est nécessaire pour le régime des contrats civils. L'absence de formalisme apparaît donc comme une solution insuffisante pour caractériser un droit général des contrats qui dépasserait le cadre des contrats commerciaux pour englober également les contrats civils.

Qu'en est-il de la question probatoire ?

II. – LE FUTUR DROIT OHADA DES CONTRATS, DROIT AUX EXIGENCES DE PREUVE PARTICULIERES OU DROIT IMPLIQUANT LA LIBERTE PROBATOIRE ?

L'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats ne s'est pas prononcé sur la question de la preuve. En effet, l'article 1/3.2 de ce texte dispose que *"les questions de preuve sont régies par les dispositions qui les concernent"*. Un tel choix découlait du fait que le droit de la preuve était initialement destiné à faire l'objet d'un Acte uniforme distinct¹³. Mais, à sa réunion tenue à Niamey au Niger les 26 et 27 juillet 2007, le Conseil des Ministres de l'OHADA a décidé de fusionner, dans un but de rationalité, les projets d'Actes uniformes relatifs au droit des contrats et au droit de la preuve.

Le droit de la preuve régi par le système du code civil donnant à l'écrit une place prépondérante alors que l'avant-projet d'Acte uniforme sur le

¹² Il n'est du reste pas unanimement admis que les contrats commerciaux s'accommodent nécessairement d'une absence de formalisme ; certains auteurs pensent que la vie des affaires ne saurait s'accommoder de l'absence d'écrit. C'est tellement vrai qu'en droit commercial, domaine qui devrait, en raison de la rapidité des transactions, répugner à toute formalité, un formalisme rigoureux est exigé dans certains contrats afin de permettre à chacun de connaître exactement, par un examen rapide la portée des engagements des signataires.

¹³ A la réunion du Conseil des Ministres tenue à Bangui en mars 2001, le Conseil avait décidé que le programme d'harmonisation inclurait également "... le droit de la preuve".

régime général des contrats affirme déjà le principe de l'absence de la liberté de la forme du contrat, quelles devraient être les règles gouvernant la preuve dans l'élaboration d'un Acte uniforme fusionnant le droit des contrats et le droit de la preuve ?

En partageant le point de vue du Professeur Fontaine lorsqu'il indique que l'élaboration du futur Acte uniforme devra être attentive à "la bonne articulation" avec certains Actes uniformes comportant déjà des dispositions relatives à la forme et à la preuve de certains contrats¹⁴, nous suggérons l'idée d'un futur droit de la preuve conciliant la liberté probatoire du droit traditionnel des contrats et la preuve par écrit du droit moderne des obligations. La liberté probatoire serait alors le principe (A), et l'exigence d'un écrit l'exception (B).

A. La liberté de preuve : le principe

Dans la mesure où l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats retient le principe de la liberté de la forme du contrat, cela implique logiquement que le droit de la preuve traité dans un même texte admette la preuve orale ou la preuve testimoniale comme principe en droit général des contrats.

Il s'agirait pour le législateur OHADA de reprendre dans son futur texte relativement au droit de la preuve, la solution consacrée à l'article 1.2 des Principes d'UNIDROIT qui dispose que "*le contrat peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins*".

La liberté de la preuve ainsi préconisée offrirait un double avantage :

1.1 Elle incarnerait l'idée que préconisait déjà le Doyen MELONE¹⁵ que dans la perspective d'une modernisation du droit des contrats en Afrique, l'on puisse repenser le système de preuve en enlevant à l'écrit le rôle prépondérant qu'il joue dans la preuve des obligations. Insistant notamment sur l'importance donnée à la parole et au geste dans la formation du contrat au sein d'une société caractérisée par l'analphabétisme, cet auteur concluait à une nécessaire régression du formalisme dans la preuve des obligations contractuelles en Afrique. En laissant la preuve des obligations libre, le futur Acte uniforme OHADA organiserait cette régression du formalisme voulue et justifiée par l'éminent juriste.

¹⁴ Note explicative à l'avant projet, *supra* note (*), n° 60.

¹⁵ Actes, *supra* note 2.

2.2 Elle ne poserait aucun problème de coordination ou d'articulation avec les dispositions des Actes uniformes existants ayant déjà consacré des solutions très libérales s'agissant de la preuve de certains contrats. Il en est ainsi :

– du contrat de vente commerciale qui *“peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoin, en l'absence d'un écrit”* (article 208 de l'Acte uniforme portant droit commercial général). Il s'agit là d'une liberté probatoire inspirée de l'article 11(2) de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises affirmée en des termes identiques : *“le contrat peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins”*.

– du contrat de mandat qui *“en l'absence d'un écrit, peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoin”* (article 144(2) de l'Acte uniforme portant droit commercial général).

– du contrat de bail commercial à durée indéterminée qui peut être prouvé par tous moyens, *“à défaut d'écrit ou de terme fixé”* (article 72 de l'Acte uniforme portant droit commercial général).

Pour autant que la liberté de la preuve doive constituer le principe dans le futur droit OHADA des contrats, l'écrit restera, même de façon exceptionnelle, le mode de preuve de certains contrats prévus dans différents Actes uniformes.

B. La preuve par écrit : l'exception

Suggérer que le principe soit que le contrat puisse être prouvé par *“tous moyens, y compris par témoins”*, c'est proposer d'enlever à l'écrit le rôle prépondérant qu'il joue jusque-là dans la preuve des obligations contractuelles, mais non de l'exclure.

1. Le législateur OHADA subordonne ainsi dans plusieurs Actes uniformes déjà adoptés, la validité de certains contrats et leur existence même à la rédaction d'un écrit, soit sous seing privé, soit authentique. Pour ces contrats civils en général qui requièrent déjà un minimum de formalisme, l'écrit sera exceptionnellement dans le futur Acte uniforme sur le droit de la preuve le seul mode de preuve. On rappellera qu'il s'agit :

– du cautionnement dont l'écrit est une condition de constitution à peine de nullité (article 4 de l'Acte uniforme sur les sûretés).

– du gage dont l'opposabilité aux tiers est subordonnée à la constatation par un écrit dûment enregistré (article 49 de l'Acte uniforme sur les sûretés).

– du nantissement, qu'il soit conventionnel ou judiciaire, dont la constitution est subordonnée à l'existence d'un acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré (articles 65 et suivants de l'Acte uniforme sur les sûretés).

– de l'hypothèque qui doit être consentie par un écrit constaté par acte authentique ou sous seing privé (article 128 de l'Acte uniforme sur les sûretés).

2. Il convient en outre de faire observer que même s'agissant des contrats commerciaux qui admettent une sorte de liberté probatoire dans les Actes uniformes déjà consacrés, le recours à la preuve orale ou à la preuve testimoniale est visé "à défaut ou en l'absence d'un écrit" (articles 208, 144(2) et 72 de l'Acte uniforme portant droit commercial général relativement à la vente commerciale, au mandat et au bail commercial). Ce qui signifie que tout en libéralisant la preuve, le législateur OHADA reconnaît implicitement que l'écrit l'emporte en précision sur tout autre mode d'expression, soit parce qu'il s'avère utile en général que les obligations des parties soient exactement précisées, soit parce qu'il est utile que l'écrit attire l'attention des tiers à qui le contrat est susceptible d'être opposé.

En fin de compte, si le consensualisme et la liberté probatoire pourraient recevoir une consécration certaine dans le futur droit OHADA des contrats et de la preuve, le recours à un minimum de formalisme et à l'écrit ne devrait pour autant pas être exclu.

Par conséquent, pour un régime général des contrats mieux adapté aux spécificités africaines, l'harmonisation des règles de formation et de preuve des obligations contractuelles en droit OHADA aura constamment à rechercher un double équilibre : d'une part, l'équilibre entre le consensualisme hérité du droit français et la solennité qui reste un vestige du droit traditionnel des obligations ; d'autre part, l'équilibre entre l'écrit, mode de preuve du droit moderne des obligations et l'oralité ou le témoignage propre au droit traditionnel des contrats en Afrique.



FORM AND EVIDENCE OF CONTRACTUAL OBLIGATIONS IN THE PRELIMINARY DRAFT OHADA UNIFORM ACT ON CONTRACT LAW (Abstract)

Félix ONANA ETOUNDI (Magistrate; State Doctor of Business Law; Lawyer, OHADA Common Court of Justice and Arbitration; Associate Lecturer, Catholic University of West Africa (UUA) & International Bilingual African University of Abidjan (Côte d'Ivoire)).

How should a contract be formed and give rise to obligations under the future contract law now being harmonised within OHADA? Will the mere will of the parties

suffice or should that will be expressed in a particular form? Should the contract be evidenced in writing, orally or by witnesses? The future "OHADA Uniform Act on contract law and evidence" will have to answer these questions in light of the high level of illiteracy in the OHADA countries.

The contract law that now applies in most OHADA member States reflects the principles of the civil code system inherited from French law, i.e. consensualism in the formation of contracts and written form as evidence of the contract. However, jurisprudential research has shown that Africa had its own traditional contract law well before colonial times, vestiges of which may still be found in some original rules on the formation and evidence of contractual obligations, such as the formal nature of the contract and evidence by witnesses.

As to the form of the contract, the preliminary draft prepared by Professor Fontaine recognises the principle of consensualism in its Article 1/3.1° which states that "[n]othing in this Uniform Act requires a contract, statement or any other act to be made in a particular form". While such recognition is an indispensable precondition for the smooth operation of commercial transactions in a market economy and while it poses no problems as to how to co-ordinate them with the provisions of pre-existing Uniform Acts, which have already done away with requirements as to form for certain types of contract (commercial sale, commercial lease, agency), its formal endorsement nevertheless has certain drawbacks and there is reason for some concern that insufficient allowance may have been made for the formalism of traditional African law, which is intended to protect. Likewise, the lack of formalism raises problems of co-ordination with the more stringent requirements as to form in certain civil contracts in OHADA law, such as deposit, surety, pledge or mortgage.

As to evidence, the OHADA Council of Ministers decided at its meeting in Niamey on 26 and 27 July 2007 to merge and thereby rationalise the draft Uniform Acts on contract law and on evidence. With a view to ensuring that the provisions of Article 1/2 of the UNIDROIT Principles on freedom of form dovetail with the provisions of other Uniform Acts which do contain requirements as to form and evidence, this report advances the theory of a harmonised law reconciling the freedom of form that characterises traditional contract law with the evidence in writing required by the modern law of obligations. No requirements as to form would then be the rule, and the requirement of evidence in writing the exception. In the future OHADA law on contract law and evidence, the following formula might accommodate both alternatives: "Failing evidence in writing and except for contracts where written proof is required, the contract may be proved by any means, including witnesses."

