

## **Communication : Abécédaire sur les débats du Colloque de Ouagadougou “L’harmonisation du droit OHADA des contrats”**

*Barthélemy Mercadal \**

### **1. Avant-projet français de réforme du régime des obligations du Code civil**

L’avant-projet de réforme du Code civil dans ses dispositions relatives aux obligations (articles 1101 à 1386), dont il est annoncé le dépôt sous forme d’un projet du Gouvernement courant 2008 et dont la partie réformant la prescription a été adoptée en première lecture par le Sénat en novembre 2007, incorpore les solutions jurisprudentielles qui depuis 1804 ont été rendues sur les textes du Code civil. Aussi bien le nouveau régime proposé se trouve-t-il actualisé, car les tribunaux ont fait suivre au Code civil l’évolution des échanges, et correspond-il à un corps de règles adapté aux besoins du moment. Il n’existe donc plus, dans cet avant-projet, entre la lettre des textes et leurs applications jurisprudentielles la solution de continuité, souvent dénoncée en l’état actuel du code, comme rendant le droit français difficile à connaître parce que trop tributaire de la jurisprudence (que, soit dit en passant, on flatte lorsque l’on apprécie la *common law* pour le pragmatisme et l’adéquation aux faits qu’elle procure à ce système qui ne peut être connu autrement). Sous réserve de la divergence fondamentale sur la nécessité de l’existence d’une cause pour la validité du contrat (voir *infra* : 3) “Cause”), ce régime présente pratiquement le même degré de mise à jour que l’avant-projet d’Acte uniforme sur le droit des contrats inspiré des *Principes d’UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international* (ci-après : *Principes d’UNIDROIT*). Il a sur lui l’avantage de maintenir le droit OHADA dans la

\* Agrégé des Facultés de droit; Professeur honoraire du Conservatoire National des Arts et Métiers; Vice-président-secrétaire général de l’Institut du droit d’expression française (IDEF).

Communication écrite préparée pour les Actes du 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.

cohérence, en préservant l'unité d'inspiration des actes uniformes en vigueur avec celui qui régirait les contrats, unité à laquelle les juristes africains se sont montrés particulièrement attachés au cours du Colloque.

## 2. Bonne foi

La bonne foi est aujourd'hui le principe directeur et d'ordre public qui guide autant les juges que les arbitres dans l'appréciation des comportements contractuels. Les juges français en font une application constante à toutes les étapes de la vie d'un contrat, depuis les pourparlers jusqu'aux décisions de rupture en passant par l'exécution des prestations promises. L'exigence de bonne foi est devenue si prégnante que CARBONNIER a pu dire qu'à défaut de faire du mariage un contrat, on a fait que tout contrat soit un mariage. Une telle sentence de la part d'un si éminent auteur dispense de références. En tout cas, qui voudrait en vérifier la pertinence peut se reporter à notre mémento *Droit Commercial*<sup>1</sup>, où il découvrira (dans la version CD Rom Navis) 267 occurrences sur la bonne foi et une table alphabétique synthétisant ses applications ainsi : exécution du contrat ; loyauté des négociations contractuelles ; clause résolutoire ; assurance ; vendeur ; porteur d'une lettre de change ; exercice d'un droit de rétention, desquelles il y a lieu de rapprocher les nombreuses condamnations des comportements contractuels abusifs.

## 3. Cause

Depuis plus d'un siècle objet de polémiques sur sa signification et son utilité, la cause continue de diviser les juristes. Pour dépasser la controverse, l'avant-projet OHADA n'y fait aucune référence. En revanche, l'avant-projet français la maintient dans le rôle que le Code civil français lui a assigné en 1804, c'est-à-dire comme quatrième condition de validité du contrat en son article 1108 qui exige que le contrat soit causé et que sa cause soit licite. Au regard des arguments avancés en faveur de la suppression de la cause, il peut être, à notre avis, observé :

– que si l'on peut se passer de la cause parce que la technique juridique offre d'autres moyens de fonder les solutions qui pour l'heure s'appuient sur la cause, il résulterait de sa suppression qu'il faudrait mettre en oeuvre de nouveaux efforts de réflexion pour découvrir la règle adéquate palliant l'absence et l'illicéité de la cause ; en termes de simplification et de

---

<sup>1</sup> Barthélemy MERCADAL, *Droit Commercial*, Collection Mémento Pratique, Editions Francis Lefebvre (2008).

productivité du travail juridique, rien n'assure *a priori* que le gain s'inscrirait à l'actif de la suppression ; le droit français a supprimé depuis 1985 la "masse des créanciers du failli" et a dû ériger de fait en quasi-personne morale la "procédure collective" pour retrouver les solutions jusque-là appliquées sous la notion de masse ;

– que l'abandon de la cause dans le régime civiliste est avancé comme un moyen susceptible de faciliter le rapprochement avec l'OHADA des pays de *common law* qui ne connaissent pas le concept français de cause ; mais ces pays connaissent la "*consideration*", c'est à dire la nécessité d'une contre-prestation pour l'existence du contrat, et rien n'assure qu'ils ne continueront pas s'y référer puisque la législation OHADA n'est pas applicable chez eux et que son adoption n'est pas en cours ; si, un jour ces pays veulent adhérer à l'OHADA, il ne sera pas impossible de mettre en évidence que cause et *consideration* ne sont pas incompatibles, comme l'a déjà souligné le professeur anglais MARKESINIS, qui a même parlé de l' "Européanisation" du droit anglais en ce domaine à travers les décisions de justice <sup>2</sup> ;

– qu'il conviendrait de se souvenir que la cause a été introduite par les canonistes au XIII<sup>ème</sup> en contrepoint au droit romain, alors en pleine renaissance, afin de moraliser le contrat ; or la moralisation des rapports contractuels est devenu un objectif dominant de notre époque emporté par une doctrine, dite solidariste, qui a pour exergue loyauté, solidarité, fraternité dans le contrat ;

– que la *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, certes ne fait aucune allusion à la cause, mais ne traite pas en soi de la validité du contrat (cf. article 4) ;

– que la démonstration, tentée au Colloque à partir de la neutralisation de la clause limitative de responsabilité, d'établir que l'avant-projet OHADA sur les contrats permettait d'obtenir cette neutralisation sans recourir à la cause comme l'a fait pour la motiver la Cour de cassation de France, n'a pas établi que le "comportement manifestement inéquitable du contractant" invoquant à son profit la limitation apporterait la même solution que l'anéantissement de l'obligation essentielle déterminée en fonction du but recherché par les parties : par ce moyen, l'inexécution de l'obligation essentielle est établie dès lors que le résultat attendu n'est pas objectivement atteint, ce qui s'impose par la nature des choses à tout juge, alors que par la recherche d'un manquement manifestement inéquitable l'élimination de la limitation suppose une appréciation subjective de l'équité, qui peut varier d'un juge à l'autre ;

<sup>2</sup> Basil MARKESINIS, "La notion de considération dans la *Common Law*: Vieux problèmes: nouvelles théories", *Revue Internationale de droit comparé*, No. 4 (1983), 735-766.

– que l'absence d'objet n'est pas toujours strictement équivalent à l'absence de cause ; l'une établit que manque une contreprestation, tandis que l'autre permet de remettre en cause une prestation promise et assumée au motif qu'elle ne correspond pas au but que les parties s'étaient fixées en arrêtant les prestations objectivement énoncées dans leur contrat ;

– qu'il a été relevé <sup>3</sup> que *“la cause, apparemment bannie, se retrouve être au coeur de quelques principes posés comme nécessaire à la validité des conventions. Sans jamais être citée, elle est manifestement sous-jacente à de nombreuses dispositions. La notion de profit excessif énoncé à l'article 4.109, par exemple, ou les clauses contractuelles entraînant un déséquilibre significatif envisagées à l'article 4.110 répondent à une inspiration éminemment causaliste que la jurisprudence moderne française (...) ne démentirait pas”*.

#### **4. Common law / civil law**

L'exemple canadien montre que ces deux systèmes peuvent coexister. C'est une leçon à méditer pour le Cameroun qui est confronté, en raison de la présence sur une partie de son territoire d'une tradition de *common law*, à la même situation que le Canada. Elle doit aussi être prise en considération pour l'établissement de passerelles entre l'Afrique de l'OHADA et l'Afrique de *common law*. Une étude approfondie des correspondances entre les solutions civiles et celles de *common law* permettrait de mettre à jour où sont les oppositions irréconciliables et les différences compatibles.

Par ailleurs, une confrontation des décisions de justice résolvant un litige ayant le même objet contribuerait à atténuer les discordances présentées comme de principe. LAMOUREUX <sup>4</sup> montre qu'aucune des solutions de la justice ghanéenne ne serait récusée par les juridictions de droit civil ou n'aurait pas été adoptée par elles.

#### **5. Dirigisme contractuel français**

Il a existé, en France, un “dirigisme contractuel”, pendant les années qui ont suivi la fin de la guerre de 39-45, qui soumettait à des dispositions impératives les changes, les prix, les importations de divers produits, voire certaines productions (blé, vin, betteraves), pour lutter contre l'inflation, la pénurie ou la préservation des finances publiques.

<sup>3</sup> “La résurgence discrète de certaines exclusions”, in : Catherine Priéto (dir.), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français* (2003), 243.

<sup>4</sup> Martin LAMOUREUX, *Introduction au droit ghanéen des contrats*, Bruylant (2004).

Aujourd'hui, et depuis plusieurs années, ces entraves aux échanges ont totalement disparu. Seules les règles affirmées par la loi ou qualifiées par les tribunaux d'ordre public, comme l'avant-projet permettrait aux juridictions de l'OHADA d'en décider (articles 3/1 et 10/2), peuvent limiter la liberté contractuelle. Or, si l'on écarte celles protégeant le consommateur (ce qui n'est pas une spécificité française), ces règles, dans le domaine des contrats d'affaires, sont bien rares. Par rapport au champ du régime contractuel proposé par l'avant-projet d'Acte uniforme, et à celui, au-delà, des Principes d'UNIDROIT dont il est inspiré, on relève dans l'ordre public français, l'exigence d'un comportement contractuel de bonne foi. Pour le reste, il n'est pas une seule disposition d'ordre public de plus dans le régime français correspondant à celui couvert par l'avant-projet. Et en dehors de ce cercle, les règles d'ordre public tendent à protéger la libre concurrence, l'environnement, le blanchiment d'argent, autant de causes partagées désormais par la plupart des ordres publics nationaux. Quant à l'ordre public international français susceptible de contrarier les échanges internationaux, il n'est qu'une peau de chagrin, limité, à notre connaissance (mais nous accueillerons avec intérêt toute communication d'autres solutions), à la suspension des poursuites du débiteur sous procédure d'insolvabilité, suspension de la prescription courant à l'encontre d'un mineur, suppression de la limitation de responsabilité pour faute lourde, condamnation du tiers complice de la violation d'un contrat.

## 6. Droit comparé

La comparaison des droits se présente avec une autre perception si l'examen des solutions prend pour objet celles qui résultent des décisions de justice. Les ressemblances dominent alors nettement les différences. C'est un moyen de réduire les préjugés et d'augmenter les chances de rapprochement.

## 7. Principes d'UNIDROIT

Comme le propose Denis MAZEAUD pour les Principes du droit européen du contrat<sup>5</sup>, les Principes d'UNIDROIT, pratiquement identiques, peuvent être identifiés par trois caractéristiques fondamentales : liberté, loyauté et sécurité. Chacune de ses valeurs correspond également au droit contractuel tel qu'il est ordonné par les décisions de justice de notre époque. Il en est ainsi de la jurisprudence française.

<sup>5</sup> Denis MAZEAUD, "Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat", in : *Le Dalloz*, 29 novembre 2007, n° 42, 2959-2965.

La liberté contractuelle y est égale à celle prévue par les Principes d'UNIDROIT, comme cela est dit sous le mot ci-dessus "dirigisme contractuel français".

La loyauté atteint le même degré d'omniprésence, ainsi qu'on la signalé sous le mot ci-dessus "bonne foi".

La sécurité est aussi préservée, les attentes du destinataire de l'offre n'étant pas trahies dès lors que l'offre est personnelle, précisément chiffrée, détaillée et formulée pour une année précise<sup>6</sup>, imposant l'exécution du service proposé dans ces conditions par l'offrant). Il reste, il est vrai, que les juges français demeurent réticents à consacrer la lésion dans les contrats d'affaires ainsi que la révision pour imprévision des circonstances nouvelles. Mais la possibilité tendant à permettre aux juges de refaire pratiquement les contrats soulève un débat d'opportunité insoluble dans l'abstraction. Elle introduit aussi une incertitude sur la valeur du contrat qui, par ailleurs, est peu compatible avec la stabilité des opérations économiques et leur transparence comme l'exige la valorisation comptable des contrats selon les méthodes imposées par les IFRS (*International Financing Reporting Standards*). Cet aléa conduit les arbitres du commerce international à condamner sans ménagement la révision du contrat admises par les Principes d'UNIDROIT.

## 8. Volonté unilatérale

Selon l'avant-projet (7/13(1)) : "Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part de l'autre partie". La rupture du contrat est donc conditionnelle et, à défaut de précision contraire sur la portée de la condition, elle ne se produira pas si la condition défaille. Pour le savoir, si l'autre partie a contesté l'existence de la condition, il faudra saisir le juge. Pendant ce temps, l'auteur de la résolution sera dans l'incertitude sur le sort du contrat et, par précaution, devra continuer à l'exécuter ou demander au juge de suspendre provisoirement l'exécution. Si le juge tient la condition pour non satisfaite, le contrat continuera donc d'exister. La rupture unilatérale ne produira ainsi son effet que si l'autre partie l'accepte, comme cela est en toute hypothèse dès aujourd'hui, car qui songerait à dire que les contrats ne peuvent pas être révoqués du consentement mutuel des parties.

En revanche, cette conséquence est évitée par l'avant-projet français de réforme du code civil qui prévoit expressément que la résolution prend effet le jour où l'autre partie a reçu la notification (article 1158 al. 2 : "Quand il opte

<sup>6</sup> CA Versailles 16-6-2000 : D. 2000.IR.249.

*pour la résolution, le créancier peut soit la demander au juge, soit, de lui-même, mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable, à défaut de quoi il sera en droit de résoudre le contrat”. ... “Lorsque l’inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Celle-ci prend effet lors de la réception de la notification par l’autre partie”).*

~ ~ ~