

Communication : L'équilibre contractuel dans l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats

Achille André Ngwanza *

Le libéralisme économique défend l'idée d'un marché dérégulé où les échanges sont le produit de la seule volonté individuelle. Dans ce schéma, les juristes parlent d'autonomie de la volonté, les obligations contractuelles ayant pour unique source l'intention des parties. Cependant, une telle vision des choses tient pour réelle une égalité virtuelle, car les contractants ont rarement la même imprégnation de l'objet du contrat. Par opposition au courant libéral, les partisans de la moralisation des transactions professent que trop de liberté tue la justice car entre le riche et le pauvre c'est la liberté qui opprime. Ainsi, deux thèses s'opposent, l'une affirme que seul le contrat garantit la justice entre les parties et l'autre énonce que le contrat doit reposer sur la justice. En fait, la vraie question sous-jacente à la querelle doctrinale précédemment décrite, est celle de l'équilibre contractuel qui renvoie à un seuil d'équivalence des prestations et non à une parfaite commutativité. Sommairement, il s'agit de savoir si l'intérêt de chacune des parties est correctement protégé. L'achoppement liberté contractuelle / justice contractuelle a des conséquences directes sur le droit positif, car la *doxa* libérale va octroyer de larges pouvoirs aux contractants tout en assurant l'intangibilité de la transaction. La doctrine justicialiste va s'employer par contre à encadrer l'*animus contrahendi*, voire la corriger par le forçage judiciaire.

Fort de ce qui précède, la corrélation entre la quête d'un ordre contractuel fiable et la problématique de la sécurisation juridique des investissements en OHADA est aisée à établir car la première n'est qu'un élément d'un ensemble plus vaste formé par la seconde. En effet, sécuriser les transactions postule inéluctablement de s'assurer que l'ordre juridique OHADA garantit

* Docteur en droit à l'Université de Paris XI, ATER en droit privé à l'Université de Paris XIII.

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.

réciiproquement la protection efficace et judicieuse des accords commerciaux. Entre la mouvance libre-échangiste et le *logos* solidariste, l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats (ci-après dénommé AUDC ou avant-projet) ne tranche pas, mais intègre dialectiquement les deux théories. Ainsi, il consacre un unilatéralisme partiellement conforme au droit OHADA (1), tout en le contrebalançant par un justicialisme perfectible (2).

1. Un unilatéralisme pragmatique mais partiellement conforme au droit OHADA

L'unilatéralisme dans l'AUDC donne la pleine mesure de son réalisme par la consécration de l'asymétrie des parties, alors que l'exclusion du pouvoir judiciaire dans des matières qui restent sa chasse gardée heurte certains textes OHADA.

En effet, à défaut d'avoir une vision angélique du commerce, il est évident de constater que les obligations contractuelles ne sont pas toujours le produit d'une concertation bilatérale. Le conflit de conditions générales ne se rencontre par exemple que lorsqu'un contractant n'est pas économiquement dépendant de l'autre. Dans le cas inverse, le plus nanti impose à son partenaire ses conditions, les concessions commerciales constituent l'archétype de ce phénomène. Fort de ce truisme, l'article 2/19 de l'AUDC pallie opportunément le silence du Code civil Napoléon – certes suppléé par la jurisprudence – en posant la validité des clauses types, stipulations dont la présence caractérise le contrat d'adhésion. On est bien là dans la situation où une partie prépare l'accord et l'autre se contente d'y consentir. Cette démarche n'est point nouvelle en OHADA, où les contrats de transport de marchandises ou de personnes pour ne citer que ceux-ci, sont systématiquement élaborés par les compagnies de transport. La conséquence immédiate du recours au contrat d'adhésion concerne la fixation unilatérale du prix, question abondamment soulevée devant les juges¹. Sur ce thème, l'avant-projet (article 5/7) via la proscription des seuls prix unilatéraux déraisonnables, établit la validité des prix fixés par une partie. Cette règle dont la consécration expresse est vivement souhaitée² en France n'est pas sans rappeler la souplesse de certains droits étrangers³. Bien plus, elle témoigne non pas d'une plate légali-

¹ CA Versailles 27 janv. 2000, CA Paris 19 mai 2000, RTD civ. 2000. 570, obs. Jacques MESTRE et Bertrand FAGES.

² M. THIOYE, *Recherches sur la conception du prix dans le contrat*, PUAM (2004), 183-192.

³ Article 1474 Code civil italien, §315 BGB, section 2-305 du Code de commerce

sation d'une pratique récurrente, mais d'un assouplissement normatif utile au bon déroulement des échanges. L'impératif de souplesse justifie également une extinction rapide du contrat quand les conditions légales ou contractuelles le justifient.

En fait, accorder aux commerçants le pouvoir unilatéral d'annuler, de résoudre ou de résilier le contrat peut paraître de prime abord dangereux. En vérité, la règle est moins choquante qu'elle ne semble car l'usage intempestif de cette prérogative peut toujours faire l'objet d'une sanction judiciaire⁴. De plus, elle présente l'avantage de permettre à celui qui l'exerce de minimiser le préjudice occasionné par la cause d'extinction de la convention, eu égard au fait que la lenteur des procédures judiciaires constitue une pesanteur hostile au négoce. Quoi qu'il en soit, l'avant-projet révolutionne complètement le régime juridique de la rupture du lien contractuel car la question de l'annulation (article 3/15) ou de la résolution par simple notification (article 7/14) a été formellement rejetée par l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG). En effet, bien que reprenant l'esprit et la lettre de la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises* (CVIM), le livre V de l'AUDCG prend le contre-pied de celle-ci par la consécration expresse de la résolution judiciaire de la vente commerciale⁵. La question qui se pose avec acuité à ce niveau est celle de la coordination de l'avant-projet censé élaborer une théorie générale des contrats et les textes spéciaux. Les vifs débats du Colloque de Ouagadougou montrent que la question est loin d'être tranchée⁶, aucune spécificité de la vente commerciale ne justifiant un régime dérogatoire de résolution. Ceci étant, l'AUDC évite le grief d'outrance libérale en raison de la kyrielle de dispositions qui traduisent son inclination moraliste.

2. Un justicialisme perfectible

Brevitatis causa, on peut retenir trois idées maîtresses qui illustrent la prépondérance de la liturgie de la morale contractuelle avec comme dénominateur commun un impératif de justice⁷. Premièrement, il s'agit du contrôle

uniforme des Etats-Unis d'Amérique.

⁴ Sur le fondement de l'art. 1/6 qui impose la bonne foi, tout excès est passible de sanctions.

⁵ Une lecture comparative de la CVIM et de l'AUDCG corrobore le rejet de la résolution par notification. Pour vérification, on opposera quelques dispositions de ces deux textes : arts. 49, 64, 71, 72, 73 pour la CVIM et arts. 245, 246, 247, 254, 259 pour l'AUDCG.

⁶ Voir le VI du compte-rendu du Colloque de Ouagadougou.

⁷ Le terme raisonnable, son antonyme et l'adverbe qui en découlent apparaissent 65 fois dans l'avant-projet, ce qui montre l'attachement de l'AUDC à une éthique contractuelle en guise de

d'opportunité et de loyauté de l'usage des pouvoirs unilatéraux. Ainsi, pour endiguer les effets pervers des contrats d'adhésion, l'AUDC (article 2/20) exige un consentement spécial et exprès pour les clauses-types inhabituelles. Dans le même sens, les avantages excessifs sont condamnés, qu'il s'agisse de prix unilatéral manifestement déraisonnable (article 5/2) ou de lésion (article 3/10.1). Cette dernière joue d'ailleurs un rôle primordial pour l'examen de l'équilibre des prestations car elle remplace l'exigence d'une cause licite, ce qui génère une vive réticence tant la majorité des pays OHADA y sont attachés⁸. L'interdiction de l'abus a pour corollaire la création d'un *jus fraternitatis* qui impose aux parties une franche coopération.

L'avant-projet les y invite formellement en édictant un devoir général de collaboration (article 5/3), de même qu'il prévoit des normes qui donnent une assise concrète à ladite collaboration. Il s'agit notamment de l'octroi d'un délai supplémentaire au débiteur défaillant (article 7/5) et de la renégociation du contrat pour imprévision (article 6/23). En ce qui concerne l'imprévision, si l'on doit louer l'effort de précision de son régime juridique⁹, il n'en demeure pas moins que son admission constitue un changement peu orthodoxe mais nécessaire dans des espaces où la stabilité politique – et, partant, l'économie générale du contrat – n'est pas toujours garantie. Quant au délai supplémentaire, il y a lieu de s'étonner que la lettre de la CVIM ait été reprise alors que les atermoiements de la jurisprudence relative à sa mise en œuvre postulaient une formulation plus catégorique¹⁰. En effet, la question qui s'est souvent posée est de celle savoir si l'octroi d'un délai supplémentaire est une simple incombance ou une formalité dirimante préalable à toute action en résolution. Or, l'article 7/5 reprend le verbe "pouvoir" comme les articles 47 et 63 de la CVIM, situation qui n'est pas d'ailleurs isolée dans la législation OHADA¹¹. Il serait judicieux d'indiquer explicitement qu'il s'agit d'une faculté discrétionnaire du créancier et / ou donner les hypothèses dérogatoires

répression contre toute pratique inique.

⁸ Le débat est le même en France au sujet des *Principes du droit européen des contrats* : voir dans ce sens R-M. RAMPELBERG, "Le contrat et sa cause : aperçus historique et comparatif sur un couple controversé", in : *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz (2003), 19.

⁹ M. ALMEIDA PRADO, *Le hardship dans le droit du commerce international*, Bruylant (2003), 253-255.

¹⁰ Pour plus de détails sur la question voir : E. Sibidi DARANKOUM, "La pérennité du lien contractuel dans la vente commerciale OHADA : analyse et rédaction des clauses", *Recueil Penant* (2006), 500 (502-503).

¹¹ Les arts. 251 et 257 de l'AUDCG emploient la même terminologie au sujet des droits respectifs de l'acheteur et du vendeur en cas d'inexécution.

le cas échéant au principe ainsi formulé. Une telle démarche contribuerait à étouffer dans l'œuf toute chicane sur l'automatisme du délai supplémentaire.

En troisième lieu, il convient d'évoquer la forclusion des actions en nullité (article 3/15) ou en résolution (article 7/14.2) du contrat. Ces dispositions qui relèvent de la *favor contractus* constituent des tempéraments au pouvoir unilatéral d'extinction du contrat. Leur bien fondé réside dans la volonté d'empêcher des logiques attentistes. En la matière, le critère décisif réside dans une diligence ambivalente. Dans son principe actif, elle consiste à protéger le cocontractant bienveillant de l'*errans* qui accepte d'exécuter l'accord conformément à la perception réelle qu'en avait celui-ci. Ceci étant, si la règle paraît novatrice, son principe fondateur l'est moins puisqu'il renvoie à la philosophie de l'article 1338 du Code civil français. Dans son principe négatif, elle vise à déchoir le créancier de son droit de résolution en cas d'offre d'exécution tardive ou non conforme, quand il a brillé par son laxisme pendant un délai raisonnable. Là encore, le substrat théorique n'est pas nouveau, il s'agit d'une prescription avec comme spécificité l'absence d'un délai précis. Toutefois, l'ambiguïté de cette notion de délai raisonnable n'est pas une garantie de prévisibilité et pour des justiciables majoritairement francophones, son maniement sera délicat. Il eut été plus opportun de fixer un délai à l'instar de celui prévu pour la contestation de la conformité des marchandises ¹².

En fin de compte, les lignes précédentes, loin d'avoir quelque prétention d'exhaustivité, ambitionnaient de jeter un premier regard diagonal et critique de l'avant-projet sur un thème de brûlante actualité. Forte de sa brièveté, l'analyse peut sembler succincte alors que la pertinence du propos postulait d'amples développements. A dire vrai, ce que le texte perd en argumentation, il le gagne en interrogation. Tel était le but recherché, car l'éveil des consciences a toujours été plus heuristique que l'inflation littérale !



¹² L'article 229 de l'AUDCG dispose que "dans tous les cas, l'acheteur est déchu du droit de se prévaloir d'un défaut de conformité, s'il ne le dénonce pas au plus tard dans un délai *d'un an* à compter de la date à laquelle les marchandises lui ont été effectivement remises ..." (italiques de l'auteur).