

L'OHADA et l'harmonisation du droit des contrats : propos et questions préliminaires

Idrissa Kéré *

Alors que se trouvent réunis à ce Colloque sur l'harmonisation OHADA du droit des contrats des spécialistes de l'intégration OHADA et des experts du droit des obligations qui approfondiront un certain nombre des questions en jeu, notamment sur le fond du droit, il nous paraît utile – du point de vue du Secrétariat Permanent de l'OHADA sous les auspices conjoints duquel se tient cette rencontre – de fournir quelques éléments d'information sur le contexte dans lequel a été prise la décision de confier à UNIDROIT la préparation d'un avant-projet sur le droit des contrats, ainsi que des réflexions préliminaires sur les enjeux d'une telle harmonisation.

Après avoir adopté sept Actes uniformes¹ dans les matières de première génération prévues expressément dans l'article 2 du Traité fondateur de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)², le Conseil des Ministres, également en application de cette disposition, a élargi le Programme d'harmonisation du droit des affaires à sa réunion de Bangui (Centrafrique) en mars 2001 (déc. 002/2001/CM) pour y inclure "(...) le droit de la concurrence, le droit bancaire, le droit de la propriété

* Directeur des Affaires Juridiques et des Relations avec les Institutions, Secrétariat Permanent de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA).

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 L'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route ayant été adopté successivement, le 22 mars 2003.

² L'article 2 du Traité prévoit que "Pour l'application du présent traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'article 8".

intellectuelle, le droit des sociétés civiles, le droit des sociétés coopératives et mutualistes, le droit des contrats, le droit de la preuve". Il est également à noter que des projets d'actes uniformes sont en cours de rédaction qui concernent le droit du travail et le droit de la consommation.

Pour ce qui est de la préparation d'un projet d'Acte uniforme sur les contrats, à sa réunion de Brazzaville en février 2002, le Conseil des Ministres de l'OHADA a demandé au Secrétariat Permanent de "se rapprocher de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) en vue de solliciter son expertise, cette institution ayant élaboré les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international". Le Conseil des Ministres n'a pas accompagné sa décision de précisions quant à ses motivations ; mais quelques considérations peuvent être mises en avant.

Tout d'abord, pourquoi un droit des contrats dans le programme harmonisé de l'OHADA ? on en conviendra, le contrat est au centre de toute relation économique. Les relations d'affaires s'identifient par un contrat dont les parties doivent connaître le régime. Or dans ce domaine, même si on considère les Etats membres de l'OHADA homogènes dans la tradition juridique dont ils s'inspirent, on constate des disparités importantes dans la matière du droit des obligations. Tandis qu'un certain nombre d'Etats continuent d'appliquer le code civil français en vigueur à l'époque de leur indépendance – un droit à bien des égards obsolète –, il y a eu des initiatives de réformes dans trois pays que sont le Mali, le Sénégal et aussi la Guinée Conakry, tandis que la Guinée équatoriale et la Guinée Bissau appliquent des règles dérivées du droit espagnol et du droit portugais. Et lorsque les textes eux-mêmes sont semblables, l'interprétation et l'application des règles peuvent diverger largement au sein des différents Etats.

L'OHADA a certes déjà légiféré concernant certains contrats particuliers (ainsi la vente, la commission, le courtage ou l'agence commerciale), mais l'harmonisation du droit général des contrats peut être considérée comme un facteur déterminant dans la sécurisation juridique des activités économiques et inter-étatiques.

Un autre aspect de la décision du Conseil des Ministres concerne le choix d'UNIDROIT pour l'élaboration d'un avant-projet sur le droit des contrats. Cette démarche est certes inhabituelle dans le processus d'élaboration législative, et appelle quelques observations.

UNIDROIT (ou, par son nom complet "Institut international pour l'unification du droit privé") est une organisation intergouvernementale dont les objectifs s'apparentent fort à ceux de l'OHADA elle-même. Institution vénérable qui a dépassé les 80 ans d'âge, elle a une longue expérience d'harmonisation

juridique et d'unification du droit privé en général, notamment du droit commercial, au niveau mondial. Le Juge Kéba Mbaye qui a présidé à la naissance de l'OHADA a longtemps participé dans les instances directrices d'UNIDROIT. UNIDROIT a acquis une ample reconnaissance pour la qualité de ses travaux, dont une réalisation récente concerne précisément le droit des contrats. Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international font l'objet de très nombreuses publications et travaux scientifiques, ainsi que d'applications pratiques – notamment dans le domaine de l'arbitrage.

D'éminents experts sont ici chargés de présenter les Principes d'UNIDROIT, tandis qu'un certain nombre des solutions de fond reprises dans l'avant-projet OHADA sur le droit des contrats feront l'objet de présentations spécifiques. Mais l'accueil qui sera réservé à l'avant-projet ne pourra faire l'économie de certains questionnements qui intéressent l'OHADA elle-même, son identité, son devenir, le fonctionnement de ses institutions.

Ainsi que l'a relevé ici le professeur Jean-Yado Toé dans son brillant exposé ³, l'OHADA est aujourd'hui véritablement à la croisée des chemins. Il est vrai que le regroupement qui s'est opéré de façon historique et spontanée a impliqué des Etats de la zone Franc, qui dans leur majorité partagent une langue, une monnaie et une tradition de droit français. Mais on peut aussi, en scrutant les Etats membres de l'OHADA, constater qu'il existe des complexités dues à la situation composite des Etats membres de l'OHADA, dont un est hispanophone, un est lusophone, et un est à la fois bilingue et bi-juridique. Ce dernier, le Cameroun, a du reste connu des difficultés réelles dans la mise en oeuvre du droit de l'OHADA après la signature du Traité de l'OHADA, au regard de son obligation de garantir à la population concernée le respect de sa tradition juridique et linguistique.

Or l'OHADA a, à de nombreux égards, déjà pris le parti de l'ouverture : l'ouverture géographique puisque le Traité lui-même en fait une organisation à vocation panafricaine ⁴, le Conseil des Ministres ayant manifesté de façon réitérée le souhait d'élargir l'OHADA à d'autres pays africains ; l'ouverture matérielle ensuite, les Actes uniformes ayant largement puisé aux sources du

³ Jean Yado TOE, "La problématique actuelle de l'harmonisation du droit des affaires par l'OHADA", reproduite dans le présent volume.

⁴ En vertu de l'article 53, 1^{er} alinéa, le Traité "est, dès son entrée en vigueur, ouvert à l'adhésion de tout Etat membre de l'OUA et non signataire du Traité. Il est également ouvert à l'adhésion de tout autre Etat non membre de l'OUA invité à y adhérer du commun accord de tous les Etats Parties". La perspective d'ajouter au français, l'anglais, le portugais et l'espagnol, comme langues officielles de l'OHADA, irait dans ce sens.

droit international⁵. Doit-on s'en étonner alors que le monde est aujourd'hui plus que jamais global ? alors que nos pays sont de plus intégrés dans les marchés économiques mondiaux, participent à des organisations régionales d'intégration économique, voient se développer les échanges avec les pays limitrophes, ne doivent-ils pas saisir l'occasion de moderniser leur droit pour se doter des instruments juridiques les plus appropriés pour favoriser les échanges avec nos partenaires économiques dans toutes les régions du monde ?

Voici quelques éléments qui peuvent être mentionnés pour éclairer la démarche qu'a eue l'OHADA en s'engageant dans un partenariat avec UNIDROIT. Le Conseil des Ministres n'ayant pas fourni de précision quant aux modalités les plus idoines de la préparation du projet d'Acte uniforme, il est revenu au Secrétariat Permanent de l'OHADA de mettre en oeuvre cette décision. Le concours demandé à UNIDROIT a été décrit dans sa portée et sa nature⁶, et la procédure d'élaboration a été concordée entre le Secrétariat Permanent de l'OHADA et le Secrétariat d'UNIDROIT⁷. C'est enfin en septembre 2003, après que la Coopération suisse pour la coopération au développement ait accepté d'apporter son soutien financier, qu'UNIDROIT a entrepris la tâche qui lui était confiée, en faisant appel au Professeur Marcel Fontaine, expert belge du droit des obligations de grand renom qui a participé dès l'origine aux travaux de préparation des Principes d'UNIDROIT.

Le texte de l'avant-projet préparé par UNIDROIT, accompagné d'une Note explicative, a été remis au Secrétariat Permanent de l'OHADA en septembre

⁵ Cf. Gaston KENFACK DOUAJNI, "L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA", Ohadata D-07-32.

⁶ UNIDROIT étant chargé de l'élaboration d'un avant-projet, qui devra "tenir compte de l'évolution internationale récente en matière de droit des contrats ; et intégrer aussi bien les préoccupations des systèmes juridiques romano-germaniques que celles de la *Common law*. A cet effet, UNIDROIT devra prendre connaissance du droit des contrats des pays membres de l'OHADA, étant entendu que la plupart desdits pays ont un système juridique inspiré du droit français et que la Guinée Equatoriale est hispanophone tandis que la Guinée Bissau est lusophone. Ce texte devra tenir compte de ce que la vente commerciale régie par l'acte uniforme portant droit commercial général a été très inspirée de la Convention de Vienne relative à la vente internationale des marchandises." Lettre du Secrétaire Permanent de l'OHADA au Secrétaire Général d'UNIDROIT en date du 22 avril 2002.

⁷ Une réunion préparatoire s'est tenue à cet effet au siège d'UNIDROIT à Rome (Italie) entre une délégation conduite par le Secrétaire Permanent et les responsables d'UNIDROIT. La procédure convenue prévoyait notamment une tournée de prospection de l'expert, le Professeur Marcel FONTAINE, dans au moins huit Etats membres de l'OHADA, qui a permis à celui-ci d'échanger avec d'éminentes personnalités des universités, des magistrats, des auxiliaires de justices et des officiers ministériels.

2004, et celui-ci l'a transmis aux Etats parties début 2005⁸ pour recueillir leurs observations conformément aux dispositions de l'Article 7 du Traité de l'OHADA. Ce projet a également été publié sur plusieurs sites internet par UNIDROIT et avec l'aval du Secrétariat Permanent, dans une optique de transparence et d'enrichissement. L'on notera que cette publicité se situe avant toute délibération officielle de l'OHADA qui tendrait à l'examen ou à l'adoption de ce projet (examen par l'assemblée générale des commissions nationales, avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, décision finale du Conseil des ministres).

De nombreuses questions se posent à nous sur l'étendue et les implications de l'harmonisation proposée. L'inspiration internationale du projet ne fait-elle pas l'impasse sur les spécificités des Etats parties de l'OHADA ? La nouveauté de la démarche peut-elle être supportée par le mécanisme d'intégration mis en place par l'OHADA ? Le futur Acte devra-t-il constituer le droit commun pour tous les contrats, qui se trouveraient désormais tous soumis à la compétence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ? on pourrait alors s'interroger sur la réaction des hautes juridictions nationales et aussi sur la capacité matérielle de la CCJA à gérer la masse du contentieux qu'impliquera l'application de cet Acte.

Alors que faut-il faire ? Naturellement de façon simpliste nous pouvons penser qu'il faudrait limiter ce projet d'acte uniforme à l'objet de l'OHADA qui est le droit des affaires, les relations commerciales, les relations économiques. Mais des voix s'élèvent qui appellent à la cohérence juridique, questionnant la faisabilité d'un acte uniforme qui se consacrerait seulement à des contrats de type commercial en laissant de côté des règles concernant le contrat de façon générale, et soulignant qu'il serait peut-être difficile de trouver des théories générales susceptibles de distinguer les deux catégories de règles juridiques.

Ce sont là quelques réflexions sur le plan matériel comme sur le plan institutionnel que nous entrevoyons déjà à l'heure actuelle, et que nous avons souhaité partager avec les assistants et permettre au débat d'être lancé. Nous nous réjouissons de la tenue de ce Colloque qui s'inscrit dans la droite ligne de la façon très concertée dont a été conçu l'avant-projet, comme Monsieur le Président du Colloque l'a rappelé. Il fournit une occasion remarquable pour la communauté juridique de l'OHADA d'apprendre, de s'interroger, de débattre,

⁸ Il est à noter qu'un amendement a été communiqué par UNIDROIT en septembre 2005, visant à assurer la coordination adéquate avec l'avant-projet d'Acte uniforme sur l'avant-projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation, également en préparation.

de critiquer, de proposer, de façon libre et scientifique, dans une perspective de transparence et d'enrichissement du projet, en vue de mettre à la disposition des Etats membres de l'OHADA, outre le projet d'Acte uniforme lui-même, diverses contributions scientifiques appelées à irriguer, le moment venu, les délibérations officielles.

Nous attendons de façon très objective des analyses qui pourront être faites ici pour nous guider sur la continuation de cette œuvre qui a été entreprise.



OHADA AND THE HARMONISATION OF CONTRACT LAW : BACKGROUND AND PRELIMINARY COMMENTS (Abstract)

Idrissa KÉRÉ (Director, Legal Affairs and Relations with the Institutions, Permanent Secretariat of the Organisation for the Harmonisation of Business Law in Africa (OHADA)).

After legislating in the areas listed in Article 2 of the OHADA Treaty, the Council of Ministers extended the scope of the Programme for the harmonisation of business law at its meeting in Bangui (Central African Republic) in March 2001 to include, specifically, contract law. Subsequently, at its meeting in Brazzaville (Congo) in February 2002, it mandated the Permanent Secretariat to apply to the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) to place its expertise at OHADA's disposal, UNIDROIT being the author of the Principles of International Commercial Contracts.

This report fills in some of the background – from the point of view of the OHADA Permanent Secretariat under whose auspices the Colloquium was held – of the decision to ask UNIDROIT to prepare a preliminary draft contract law, and offers some preliminary comments on the challenges involved in such harmonisation.

The author stresses the key role played by contracts in all economic relations, as well as the disparate treatment reserved for contract law in the different OHADA countries. At a time when OHADA is looking to widen its horizons – both geographically, in terms of its membership, and materially, in terms of the sources of its law – and the world is growing ever more global, the decision to choose UNIDROIT as a partner may be readily understood.

Nevertheless, the preliminary draft Uniform Act prepared by UNIDROIT raises many questions as to the scope and implications of the proposed harmonisation.

The author expects the Colloquium to provide a rich exchange of views, in a spirit of transparency, on the project in order not only to present the preliminary draft Uniform Act to the OHADA member States but also to produce a store of high-level scholarly contributions which can be called upon, in due course, to fuel the official discussions by the competent authorities.

