

## La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution

Emmanuel S. Darankoum \*

### INTRODUCTION

A l'instar d'autres domaines, l'harmonisation du droit des contrats dans l'espace OHADA est présentement le lieu d'une recherche des idées qui pourraient expliquer et justifier des consécutions nouvelles. A l'ère de la mondialisation, cette quête de la modernité s'avère légitime en raison du particularisme, du moins en apparence, du contexte africain. Certes, il est des catégories juridiques, telle celle de contrat, dont l'universalité ne se discute pas, même si des variables en affectent la théorie ou le régime, et ce, au gré des systèmes juridiques et des époques, voire même des nécessités. Les idées mises en avant par le projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats, en l'occurrence celles relatives au *favor contractus* ou protection du contrat, relèvent de cette perspective.

La notion, en forte expansion, de *favor contractus*, est située à un carrefour où s'entrecroisent formation, exécution et inexécution du contrat. Sans écarter d'emblée la force obligatoire du contrat, la notion de *favor contractus* ébranle, cependant, certains aspects de la conception classique de liberté contractuelle, d'une part, mais en retour, elle renforce l'idéal d'une justice contractuelle dont l'attrait est indéniable, d'autre part. Selon une certaine vision du droit des contrats, la recherche d'un seuil d'équité passe par une relecture visant à pondérer clairement la liberté contractuelle, notamment lorsque la mise en œuvre de celle-ci risque de conduire à des résultats

\* Professeur agrégé, Centre du Droit des Affaires et du Commerce International, Faculté de droit, Université de Montréal (Canada).

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.

choquants, déraisonnables ou mal adaptés à la réalité économique et sociale.

Sous l'angle de la formation, exécution et remèdes en cas d'inexécution contractuelle, le *favor contractus* veille à privilégier la naissance du lien contractuel ainsi que la survie de ce dernier, et ce, en limitant les cas où la validité de ce lien contractuel pourrait être mise en cause comme ceux où il pourrait être résilié de manière précipitée ou peu justifiée, par exemple. La sauvegarde du contrat présume donc la protection d'un intérêt évident pour les parties contractantes tout en poursuivant un certain but social.

L'idée de *favor contractus* mise en avant par le projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats accentue, en quelque sorte, une logique déjà entérinée par l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, notamment dans certaines des dispositions relatives à la vente commerciale (inspirée de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980) (ci-après : Convention de Vienne)). Quant aux innovations, dont certaines relatives, par exemple, à la confirmation, aux divergences entre clauses types et celles qui ne le sont pas, au *hardship* ou imprévision (...), l'expérience des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (ci-après : Principes d'UNIDROIT) révèle tout leur intérêt pratique et atteste, au-delà des controverses théoriques, que les tribunaux sont aptes à faire preuve de pondération entre hardiesse et sagesse dans la manipulation de ces concepts. Du reste, il ne faut pas sous-estimer l'effet de levier de ces diverses prévoyances quant à l'enrichissement d'une pratique contractuelle en Afrique. Un autre effet attendu se rattache au renouvellement des mentalités. Il est, lui aussi, loin d'être négligeable.

Une présentation de l'avant-projet axée sur les manifestations de la *favor contractus* dans les différents stades du processus contractuel (I) devrait permettre de mieux discuter le bien fondé (II) de l'un des aspects de la philosophie des textes proposés.

## **I. – LA FAVOR CONTRACTUS, PHILOSOPHIE INNervANT LES TEXTES PROPOSES**

La *favor contractus* a inspiré plusieurs solutions contenues dans l'avant-projet. A l'aide d'exemples choisis, les lignes qui suivent tenteront d'illustrer les solutions retenues en se situant successivement sous l'angle de la naissance du lien contractuel et celui de ses effets.

### **A. Favoriser la naissance du lien contractuel**

Certaines dispositions de l'avant-projet tendent à favoriser la naissance du lien contractuel. Elles peuvent être regroupées en deux catégories.

### 1. Conception classique et conception pragmatique

*Tandem offre-acceptation et recherche de l'intention de conclure* – Cette catégorie est constituée par l'article 2/1 relatif au mode de formation du contrat. Cette disposition illustre bien le tandem habituel offre/acceptation indispensable à toute conclusion du contrat. Tel que formulé par l'avant-projet, elle satisfait les exigences des modèles classiques qui, reposant sur une optique sécurisante de la pensée métaphysique, refusent d'admettre qu'un contrat soit formé autrement qu'à partir du moment de la rencontre de l'offre et de l'acceptation (cette dernière constituant l'effet miroir de la précédente). Mais cette approche est classique et, à elle seule, ne pouvait suffire à favoriser la protection de la naissance du lien contractuel dans certains cas. A cet égard, l'avant-projet entreprend de compléter l'approche classique par une autre, plus moderne et pragmatique.

En effet, des recherches nouvelles tendent de plus en plus à accréditer l'idée d'un processus de formation du contrat<sup>1</sup>. C'est l'optique relationnelle qui considère la formation du contrat en guise de phénomène dynamique et évolutif. L'appréciation se fait à partir des faits découlant du comportement des parties et qui change les données de l'analyse. La conséquence sous l'angle de la protection de la naissance du lien contractuel se rapporte, ainsi, désormais dans la recherche du degré de certitude suffisant pour déterminer la véritable intention des parties de vouloir conclure un contrat. L'hypothèse recoupe la situation de formation de contrat ponctuée de longues négociations, celles-ci parfois même jalonnées d'accords sectoriels, et où il est difficile de fixer avec certitude le moment de la rencontre de l'offre et de l'acceptation, alors même que les parties s'approprient à exécuter ou ont commencé à exécuter le contrat. Pour ne pas aller à contre-courant de l'intention véritable des parties, une appréciation pragmatique conduit à prendre en considération les éléments sous-jacents à la négociation et qui sont révélés par des faits dont la gradation traduit la suffisance de l'intention des parties de vouloir conclure un contrat. C'est du reste, une solution qui est compatible avec le principe de bonne foi.

A cette première catégorie de dispositions visant la protection du contrat, s'ajoute une autre, plus perceptible à travers un faisceau d'articles révélateurs de la problématique de la bataille des formulaires.

<sup>1</sup> Catherine DELFORGE, "La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives", in : Marcel Fontaine (dir.), *Le processus de formation du contrat. Contribution comparative et interdisciplinaire à l'harmonisation du droit européen*, Bruylant, Bruxelles / L.G.D.J., Paris (2002), 137 et s. (spéc. 449 à 477 traitant de la remise en cause des conceptions classiques et 208-370 consacrées au droit uniforme contemporain).

## 2. Bataille des formulaires

Cette deuxième catégorie de dispositions est constituée par les articles 2/11 (modification de l'acceptation ou problématique opposant acceptation et contre-offre) ; 2/12 (confirmation écrite) et 2/22 (désaccord sur les clauses types), tous ayant un lien avec l'épineuse question de la bataille des formulaires. Certaines d'entre elles méritent une analyse particulière, en revanche, on n'insistera pas sur l'article 2/11 qui fait partie de l'acquis OHADA du processus de formation du contrat de vente prévu par l'Acte *uniforme relatif au droit commercial général* et bénéficiant d'une expérience jurisprudentielle à travers l'article 19 de la Convention de Vienne.

*Confirmation écrite* – La question de la confirmation écrite, telle qu'abordée par l'article 2/12 milite en faveur de la protection de la naissance du lien contractuel. En effet, le libellé de la disposition semble d'emblée situer l'interprète en face d'un contrat déjà conclu avec pour problématique la détermination de son contenu obligationnel. Doit-on comprendre les éléments complémentaires contenus dans l'écrit de confirmation comme faisant partie du contrat ou non ? La réponse à cette question est, parfois, délicate. Tout d'abord, pour aller dans le sens de l'esprit de la *favor contractus*, l'interprète ne devrait pas céder, aussitôt, à la tentation d'y voir une contre-proposition par l'ajout d'éléments complémentaires ou différents. Au contraire, compte tenu de la nécessité de protéger la naissance du lien contractuel, le raisonnement devrait tendre vers l'existence d'un contrat dont, par ailleurs, la détermination du contenu obligationnel inclurait les ajouts visés à certaines conditions qui s'apprécient successivement : d'abord, le respect d'un délai raisonnable dans l'expédition de l'écrit, et ce, après la conclusion du contrat ; ensuite, l'absence d'altération substantielle des termes du contrat (si tel n'est pas le cas, autrement dit s'il y a altération substantielle, c'est l'occasion d'y voir une contre-proposition remettant en cause les termes de l'offre, et partant, l'invalidation de la thèse de l'existence même d'un contrat conclu) ; enfin, la faculté pour le destinataire d'exprimer son désaccord sans retard indu.

La mise en œuvre de ces diverses conditions soulèvera, certes, des débats, voire même des incertitudes. Notamment, les tribunaux seront confrontés à la définition de la notion d'altération substantielle.

En tout cas, l'intervention du tribunal dans l'appréciation de la notion d'altération substantielle sera une question de degré. En effet, il se peut que les parties aient envisagé l'avènement de la lettre de confirmation, non pas comme condition fondamentale de formation du contrat, mais comme simple *technique procédurale* visant la formalisation/finalisation du contenu obliga-

tionnel, et ce, avec une possibilité de variations mineures. Cela est de plus en courant, compte tenu de la longueur et de la lourdeur des négociations, d'une part, et de la volatilité des marchés et des diverses formes de précarité que les parties doivent tenter d'apprivoiser en terme de gestion de risques. Faut-il, alors, y voir une contradiction avec l'article 2/6 (mode d'acceptation voulant que le silence ou l'inaction ne peuvent à eux seuls valoir acceptation) ? Une réponse négative, à notre avis, s'impose. Il faut plutôt y voir une présomption à l'effet qu'un prêteur ne se soucie en général que des choses importantes, et non des petites choses (*de minimis non curat praetor*)<sup>2</sup>.

Qu'en est-il du désaccord sur les clauses types ?

*Désaccord sur les clauses types* – L'article 2/22 susmentionnées représente le siège de la question traitée. Sa portée pratique ne saurait être exagérée, même si l'opportunité d'une interférence de clauses types dans le processus de négociation contractuelle est de plus en fréquente. En effet, il suffit d'avoir à l'esprit le cas où deux parties fournissent leurs clauses types respectives au cours des négociations et qu'il y a accord sur les clauses négociées ou convenues mais non sur les clauses types. La notion de clause type consistant en la reproduction de clause circulant dans la pratique, et ce, sans négociation ou discussion préalable avec le partenaire, doit-on compromettre de ce seul fait la naissance du lien contractuel (en se cantonnant ainsi à la solution dictée par l'unique fait que certaines clauses n'ayant pas fait l'objet d'une discussion, aucun contrat ne se serait formé) ? Là encore, dans un souci de protection de la naissance du lien contractuel, l'avant-projet répond de manière pragmatique. Le contenu même de l'article 2/22 autorisant l'interprète à contrecarrer, dans une certaine mesure, les prétentions visant à compromettre la naissance du lien contractuel. Précisément, l'option est, ainsi, faite en faveur de la naissance du contrat sur *la base des clauses convenues et des clauses types, qui pour l'essentiel, sont communes aux parties, sous réserve de la faculté d'un refus* (anticipée ou non) *sans retard indu, c'est-à-dire, en temps utile*.

Comme on peut le constater, la protection de la naissance du lien contractuel n'est pas forcée, et ce, à cause de la *réserve d'objection toujours possible manifestée dans un délai raisonnable* ; ce qui préserve la bonne foi.

Une option philosophique dans l'œuvre de codification est une option fondamentale. Par conséquent, l'avant-projet serait incomplet s'il se contentait seulement de favoriser la naissance du lien contractuel sans pousser la logique de *favor contractus* plus loin et l'étendre à l'ensemble du cycle de vie du

---

<sup>2</sup> Paul-André CREPEAU / Elise CHARPENTIER, *Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : Valeurs partagées ?*, Carswell, Scarborough (1998), 18, n. 23.

contrat, en l'occurrence la phase de l'après-contrat. D'où l'intérêt d'une analyse des dispositions protectrices de la pérennité du lien contractuel lors des contentieux d'exécution-inexécution du contrat <sup>3</sup>.

## **B. Favoriser le maintien du lien contractuel dans l'après-contrat**

*L'après-contrat* – L'après-contrat et le maintien du lien contractuel livreront un spectacle dont le rendez-vous, fort tumultueux, annonce des difficultés certaines. En effet, les difficultés d'exécution susceptibles de compromettre la survie du lien contractuel sont multiples et lourdes de conséquences. Par conséquent, les prévoyances de l'avant-projet à cet égard sont à la mesure des conséquences redoutables. Les dispositions entrant dans cette catégorie peuvent, elles aussi, être organisées, pour les besoins de l'analyse, en deux groupes.

### *1. Favor contractus et exécution du contrat : le complètement du contrat*

La première série de dispositions est constituée par les articles 2/14 (clauses à déterminer ultérieurement) ; 4/8 (omissions) et 5/7 (fixation du prix). Quel enseignement peut-on retirer de ces articles ?

*Fixation du prix et omissions* – La question de la fixation du prix est, elle aussi, un acquis du droit OHADA de la vente. Toutefois, l'article 5/7 qui lui est consacré présente une sensibilité particulière, compte tenu de son libellé novateur (certains systèmes de droit civil refusant, déjà au stade de la formation du contrat, de reconnaître la théorie américaine des *open price*). *Old problem, new issue*, cette question, cristallisée pour l'essentiel autour du critère de raisonnable, n'est pas sans rappeler les difficultés de conjonction entre les articles 14 et 55 de la Convention de Vienne concourant vers la notion de prix raisonnable retenu par défaut. C'est dire, qu'en plus de l'expérience jurisprudentielle des Principes d'UNIDROIT, celle de la Convention de Vienne sera d'un atout important. Ces derniers textes et leur jurisprudence sont bien connus. Néanmoins, l'appréciation ou mise en œuvre de l'article 5/7 ne doit pas occulter la logique déjà consacrée par l'article 4/8 de l'avant-projet qui agit, lui aussi, comme une soupape de sécurité permettant de *sauver le contrat*, fruit d'un effort consenti par les parties mais comportant des lacunes. Le processus du *comblement des omissions* doit tenir compte de :

<sup>3</sup> Sur la pérennité du lien contractuel, voir Emmanuel Sibidi DARANKOUM, "L'application des Principes d'UNIDROIT par les arbitres internationaux et les juges étatiques", *Actes du Colloque Maximilien-Caron sur les Principes d'UNIDROIT et la pratique*, Montréal (2001) / *Revue Juridique Thémis*, vol. 36, n° 2 (2002), 420-480 ; *Idem*, "La pérennité du lien contractuel dans la vente commerciale OHADA", *Revue Penant* (2005), n° 853, 500-519.

*l'intention des parties ; la nature et le but du contrat ; la bonne foi et le raisonnable.* Pour des raisons de cohérence, il ne sera pas nécessaire, à notre avis, de recourir à l'article 4/3 (circonstances pertinentes) qui, établissant les limites de son périmètre aux articles 4/1 et 4/2, ne saurait être transposé à titre de *lex generalibus* d'interprétation.

Si la détermination d'une clause ultérieure traite d'une question qui se rapproche du comblement de lacune ou omission, elle fait, cependant, l'objet d'un encadrement spécifique par l'avant-projet et mérite, à ce titre, une discussion contextualisée.

*Clause à déterminer ultérieurement* – Ce problème, récurrent dans les contrats de la vie sociale et économique, est saisi par l'article 2/14. Concrètement, il s'agit de savoir si les parties ont véritablement voulu conclure un contrat nonobstant un renvoi pour la détermination ultérieure d'une clause qui fait défaut. La question est importante sous le double aspect de la formation du contrat et de ses effets. En conformité avec l'esprit de *favor contractus*, l'avant-projet appréhende cette éventualité en mettant, tout d'abord, en perspective l'intention des parties. Lorsque les facteurs d'appréciation de la recherche de l'intention permettent de conclure avec certitude ou de manière prépondérante que les parties sont en faveur de la conclusion d'un contrat, le problème posé se transforme en un problème d'exécution plutôt que de formation. Il en est ainsi, surtout, lorsqu'il est possible de remédier à l'absence de détermination d'une clause au moyen, par exemple, d'un recours aux obligations implicites tel que visées aux articles 5/1 et 5/2 relatifs au contenu du contrat. Militer dans le sens inverse, celui visant à placer sous l'angle de la formation du contrat et conduisant à constater l'inexistence d'un lien contractuel, serait peu compatible avec la bonne foi et avec un des esprits dominants de l'avant-projet, en l'occurrence la protection du contrat. Toutefois, la solution ne va pas sans *condition préalable*. Notamment, celle consistant à ne pas brûler le test de *l'existence d'un autre moyen de déterminer la clause manquante qui soit raisonnable dans les circonstances en tenant compte de l'intention des parties*. Conformément à la bonne foi et la prévisibilité, l'argument de la prise en compte des légitimes prévisions (expresses et/ou implicites) des parties objectivées par la notion de personne raisonnable est, là aussi, sauvegardé. Il s'agit là d'une manifestation de la justice contractuelle.

Cette place accordée à la justice contractuelle s'observe également dans le cadre de la protection du contrat en cas d'inexécution.

## 2. Protection du contrat en cas d'inexécution

A titre fondamental et non pas seulement technique, la protection du contrat est sans doute le remède imaginé par l'avant-projet comme solution aux pathologies appréhendées par les articles 6/24 (effets du bouleversement des circonstances), 7/4 (correction par le débiteur) et 7/13 (droit à la résolution). Même si les deux dernières dispositions, précisément les articles 7/4 et 7/13 font, eux aussi, partie de l'acquis OHADA du droit la vente conformément aux articles 226, 252 et 253 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général<sup>4</sup>, on ne saurait passer sous silence les difficultés se rattachant à leur nature de dispositions à portée générale, c'est-à-dire, à vaste déploiement.

*Correction par le débiteur* – D'un point de vue méthodologique, l'article 7/4 est mieux élaboré. Il est assorti de conditions qui pondèrent l'opportunité d'intervention des mesures de correction d'une inexécution contractuelle donnée. L'intervention de telles mesures demeure possible, même en cas de notification de résolution, à condition que *le créancier n'ait aucun intérêt à les refuser*. On aperçoit encore, ici comme ailleurs, la manifestation du souffle de la bonne foi devenu indispensable à tout droit contractuel moderne et dont l'effet d'irradiation de sa force obligatoire se traduit, ici, par l'entrée en jeu de la *favor contractus* en vue d'éviter les *gaspillages de ressources socio-économiques*. Ce dernier résultat ne peut être atteint qu'en limitant les cas de résolution contractuelle. Toutefois, le préjudice né à la suite des mesures de correction demeure, quant à lui, réparable.

L'article 7/13 n'est rien d'autre qu'un prolongement de cette logique.

*Droit à la résolution* – L'article 7/13 qui pose le droit à la résolution contractuelle est une manifestation de cette conception néo-libérale qui n'autorise le recours à la résolution (sanction draconienne traduisant à coup sûr un échec de la relation) qu'en dernier ressort. Sans renier le fait qu'une résolution puisse, parfois, être salvatrice, ce remède ne saurait pour autant être encouragé puisqu'il compromet les liens socio-économiques tissés ; ce qui est dommageable pour les parties et la société dans son ensemble. Le lien social a une valeur, un prix auquel on ne peut toujours substituer le divorce contractuel (même salvateur), expression d'une fracture sociale. C'est pourquoi l'avant-projet organise les remèdes contractuels autour de la notion

---

<sup>4</sup> Sur ces aspects, voir nos deux contributions : DARANKOUM, "La pérennité du lien contractuel ...", *supra* note 3; *Idem*, "Le critère de privation substantielle, condition de la résolution dans la vente commerciale OHADA", *Annales de la Faculté de droit de Dschang, Cameroun* (2002), t. 6, 177-193.

*d'inexécution essentielle*. Cette condition n'est pas nouvelle en droit contractuel OHADA, comme en témoignent les articles 245 et suivants de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général. La sévérité de cette exigence, difficile à rencontrer, trouve sa contrepartie dans la panoplie de dispositions ouvrant droit aux remèdes contractuels autres que l'anéantissement du contrat, c'est-à-dire, les dommages et intérêts, la réduction de prix, etc. Le critère ainsi posé est une véritable *clause législative d' "umbrella"* (parapluie) pour la survie du contrat.

*Dénouement du paradoxe de la résolution unilatérale* – La consécration n'est, cependant, pas sans paradoxe. Le paradoxe découle de la coexistence entre l'exigence d'inexécution essentielle et la procédure ou technique de résolution retenue qui se veut, elle, unilatérale. Non seulement une telle procédure résolutoire contraste avec celle judiciaire consacrée par les autres actes uniformes, mais en plus, elle est facile d'usage et risquerait d'encourager les cas de résolution alors que l'objectif inverse est celui souhaité. En réalité, cette double critique ne tient pas.

Tout d'abord, les actes uniformes ne sont pas coulés dans le béton. L'euphorie et les prudences des premières heures de la première génération des actes uniformes pourraient expliquer certaines solutions retenues sans pour autant qu'elles constituent des solutions idéales. Le danger serait de ne pas corriger certaines erreurs ou impertinences qui pourraient se solder, à terme, par la création d'une autre méfiance à l'endroit du droit africain. Ici donc, aucune particularité africaine ne justifierait la résolution judiciaire comme mode de principe. L'avènement de l'avant-projet constitue une opportunité propice, s'agissant du droit contractuel général, permettant à l'Afrique de rejoindre un mouvement de la modernité. Modernité qui consiste à faire du contrat, une chose des parties. D'où le second constat suivant. Ensuite, la résolution unilatérale est ouverte à l'une quelconque des parties au contrat qui s'estime victime d'une inexécution essentielle. On peut y voir une porte ouverte vers une négociation ou entrée en pourparlers qui sauverait le contrat, ou à tout le moins, déboucherait sur un aménagement conventionnel de la résolution par les parties (*résolution conventionnelle*). Comme on le perçoit, cette possibilité est d'une richesse incontestable, voire même la solution idéale. Pourquoi priver les parties au contrat de cette possibilité ? Même en se plaçant dans l'hypothèse des contrats asymétriques, ceux mettant en relation une partie forte et une autre faible (contrat d'adhésion, par exemple), la solution retenue n'est pas toujours dommageable et ne va pas nécessairement à contre-courant du principe général de droit procédural, à savoir le principe du contradictoire ou celui de

*l'interdiction de se faire justice à soi-même* <sup>5</sup>. En effet, la résolution judiciaire *a posteriori* demeure possible à l'initiative de la partie qui subit la résolution unilatérale ; en ce cas, la partie qui entreprend de résoudre unilatéralement le contrat le fait à ses risques et périls (ceux résidant justement dans l'appréciation unilatérale de l'inexécution essentielle, excepté l'hypothèse d'une définition conventionnelle de cette notion à travers une clause illustrative). Or, comme on vient de le mentionner, le contentieux judiciaire *a posteriori* n'étant pas écarté, le tribunal saisi appréciera souverainement l'opportunité de la résolution unilatérale et, partant, l'opportunité de l'existence ou non d'une inexécution essentielle. La procédure résolutoire par simple notification unilatérale est donc une épée à double tranchant, un *droit* qui ne saurait faire l'objet d'*abus*. Plus encore, un tel abus de droit pourrait constituer la source d'une autre résolution, cette fois fondée, de la part de la partie ayant subi, à tort, la première résolution unilatérale. L'intervention de la seconde résolution serait, quant à elle, judiciaire et se traduira notamment par le bais d'une simple demande reconventionnelle. Enfin, n'est-il pas possible et souhaitable de voir dans la démarche de l'avant-projet favorable à la résolution unilatérale un moyen d'atteindre la justice contractuelle et d'économiser les ressources ? Justice contractuelle en ce que le moyen retenu (résolution unilatérale) ouvre davantage au dialogue plutôt que de placer d'emblée les parties au cœur d'un combat judiciaire avec pour effet celui consistant à leur faire échapper la chance d'une décision qui leur appartiendrait. La décision judiciaire quoique légale n'est pas celle des parties ; elle s'impose à elles ! On l'a déjà vu, les mesures de correction du débiteur (article 7/4) interviennent alors même qu'une lettre résolutoire a été notifiée à ce débiteur. Il ne faut donc pas fermer la porte à l'auteur de la résolution de pouvoir se raviser en cas d'opportunité d'une offre de correction ou d'exécution par le débiteur ; opportunité qui met, par ailleurs, à rude épreuve la bonne foi du créancier de l'obligation inexécutée. Peu importe sous quel angle la situation est analysée, la solution préconisée par l'avant-projet vise à faire du contrat, avant toute intervention judiciaire, la chose des parties. *Quid* alors du souci d'économie des ressources ? L'avant-projet est assurément sensible à cette idée. L'économie des ressources serait compromise si le créancier de l'obligation inexécutée, dont la bonne foi est présumée, face à un manquement jugé essentiel du débiteur, devait quand même se voir imposer le fardeau préalable d'engager temps et argent pour se pourvoir devant des tribunaux déjà trop

<sup>5</sup> Le droit préalable de discussion du débiteur ou droit de la défense qui est consubstantiel à tout sentiment de justice est ainsi préservé. Néanmoins, gageons que ce droit ne manquera pas d'investir le droit contractuel, notamment en cas d'abus de droit de résoudre sans aucune possibilité de droit à la discussion.

engorgés, et ce, dans le but de faire constater ce qui semble évident (hypothèse, par exemple, d'une définition claire et nette de la notion d'inexécution essentielle par le contrat faisant de l'inexécution une condition d'ouverture de la résolution unilatérale).

Notons, en marge des observations qui précèdent, le fait que l'article 7/13 est un concentré de concepts et de mécanismes juridiques visant à désamorcer la *crise existentielle du contrat*. L'essence de tout contrat étant d'être exécuté, il convient donc de s'attarder un peu plus aux conditions dans lesquelles une telle exécution deviendrait alors complètement compromise au point qu'il est préférable d'y mettre un terme. C'est l'objet des éléments techniques contenus dans l'article 7/13.

Le premier alinéa du paragraphe 2 de l'article 7/13 définit ce qu'il faut entendre par inexécution essentielle : il s'agit, en un mot, d'une inexécution dont le résultat est tel que le contrat s'en trouve dénaturé. Cette dénaturation peut s'entendre du point de vue économique (alinéa e)) et de la confiance légitime bafouée (alinéas c) et d)). Dans l'appréciation de ces éléments, le tribunal gardera à l'esprit le fait que, en principe, la stricte exécution de l'obligation est de l'essence du contrat. Cela est nécessaire, car le caractère essentiel d'une inexécution ne dépend pas uniquement de la nature fondamentale ou non de l'obligation inexécutée, et ce, à l'exception d'une inexécution, si mineure soit-elle, qui persiste après l'allocation d'un délai supplémentaire (visé à l'article 7/5 sur renvoi du paragraphe 3 de l'article 7/13) ou encore d'une inexécution minime causant, néanmoins, un préjudice grave au créancier. Bref, c'est dire les contentieux tumultueux que nous réservent les contestations en matière de résolution. Ces contentieux seront plus à craindre et nécessiteront une plus forte gestion des risques par le contrat que les craintes suscitées par les diverses ablations portées au principe de la force obligatoire et d'intangibilité du contrat qu'illustre la consécration de la théorie du changement des circonstances.

*"Changement des circonstances"* – C'est à travers cette expression anodine que l'avant-projet entreprend d'introduire dans le système juridiques OHADA la théorie de l'imprévision ou de *hardship*, jusqu'alors contestée. Il ne s'agit donc pas, ici, de la force majeure qui fait l'objet d'autres dispositions dans l'avant-projet. Signe d'une époque en quête d'instrument de justice contractuelle et partant de protection du contrat, la notion de changement de circonstances est bien connue, pour nous permettre de gommer ici tout passage visant à en cerner la définition. Perçue comme attentatoire à une idée de fixité imperturbable du point de vue temporel du contrat, la notion semble

pourtant à notre avis, contrairement aux prétentions de bien d'auteurs, militer dans le sens d'une stabilité et d'une sécurité juridiques, appréhendées selon nous, en termes de maîtrise législative de l'équilibre des transactions et des prestations. Bref, notre propos n'est pas, ici, de lancer une autre controverse, ni de revenir sur le fait que l'insertion de cette notion de changement de circonstances est un coup de boutoir sur la liberté contractuelle. L'autonomie de la volonté rationalisée, moins absolue, rayonne davantage. On s'efforcera, donc, dans les lignes qui suivent, de disserter sur l'adéquation de la théorie de l'adaptation des contrats drastiquement affectés sous l'angle de l'équilibre des prestations en minimisant les méfiances excessives révélées tant par la doctrine que par la jurisprudence. C'est donc la raison d'être de la notion elle-même et de sa consécration qui retiendra notre attention, dans les lignes qui suivent. Le débat sera, toutefois, prolongé dans notre deuxième partie.

*Composantes techniques de mise en œuvre* – Constatons l'adresse avec laquelle l'avant-projet délimite le champ d'intervention du changement des circonstances autour du principe du *respect du contrat*, principe auquel il est subordonné. Pour le reste, la mise en œuvre du concept s'organise autour de ses composantes techniques, ainsi que le prévoit l'avant-projet : tout d'abord, l'affirmation de la primauté du contrat ; ensuite, une définition très compréhensible (susceptible de dissiper toute controverse) du *hardship* ou changement de circonstances ; enfin, la détermination des effets propres au changement des circonstances de nature à induire l'obligation pour les parties de procéder à l'ouverture des négociations visant l'adaptation du contrat (mais sans permettre sa suspension pendant la phase des négociations) et, en cas d'échec, la possibilité d'une intervention du tribunal qui, constatant le *hardship*, pourra soit adapter le contrat pour restaurer l'équilibre altéré, soit le rompre. Comme on peut le constater, l'intervention du tribunal ou du tiers désigné pour adapter le contrat représente une solution hardie.

*A risques exceptionnels, solution exceptionnelle* – Les conséquences de la dévaluation du franc CFA ont laissé des traces profondes et révélé les insuffisances d'un vieux droit contractuel qui ignorait le principe de la renégociation des contrats pourtant affectés par la conjoncture. Or, l'époque contemporaine expose davantage les contractants aux types de situations visées par la théorie du changement des circonstances : crise pétrolière de 1970 et, plus récemment, l'effondrement de l'économie en Argentine et l'état de nécessité invoqué à maintes reprises par le gouvernement assailli de procès devant le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI). Certes, il est toujours possible de limiter le recours à la

théorie du changement des circonstances aux cas où les parties ont prévu une clause à cet effet. Mais un tel procédé méconnaîtrait le fait que la plupart des contrats ne sont pas rédigés par des professionnels avertis. Le détour par le principe de bonne foi pour adapter le contrat étant parfois ardu, une protection par le biais de dispositions spécifiques s'impose ; il en va ainsi, surtout lorsqu'on juge souhaitable et nécessaire de protéger la survie des contrats et partant leur équilibre. A cet égard, la distinction entre contrats de longue durée (où la présence d'esprit spéculatif et la nécessaire coopération entre les parties conduirait à admettre l'idée d'un maintien de la valeur des prestations contractuelles d'origine et d'un partage des risques) et ceux de courte durée (ne suscitant aucune protection particulière) ne paraît pas non plus suffisante ni correspondre aux besoins réels des contractants dans les systèmes économiques fragiles. Non seulement la précarité est omniprésente en Afrique, mais elle risque encore de s'accroître avec la mondialisation. Dans ce contexte, il est sage d'aménager légalement le principe même d'adaptation du contrat. A cela s'ajoute un autre phénomène, non démenti par la réalité africaine. Du point de vue anthropologique, le dogme de l'autonomie de la volonté y est bien relatif et ne doit donc pas être pris au pied de la lettre. Surtout, tenant compte des économies locales et de la psychologie des acteurs de la vie économique, l'érection de ce principe en dogme ne tient tout simplement pas, du moins ne colle pas à la réalité. Ce principe dynamique des relations socio-économiques nouées par contrat obéirait ainsi, avant tout, à une logique relationnelle. La société en Afrique étant de type solidariste, le besoin de renégocier est une donnée à la fois sociologique et psychologique. Face à cette réalité ontologique de la vie ou dynamique contractuelle, l'avant-projet préconise, avec sagesse et pragmatisme, le principe de la renégociation. Comme nous le verrons dans notre deuxième partie, il s'agit d'une avancée cohérente avec d'autres aspects de l'avant-projet, comme le régime de la lésion, par exemple. Il s'agit aussi d'une avancée dans la mesure où le droit comparé africain atteste de la nécessité, de l'utilité et de la vitalité de cette notion. Enfin, il s'agit d'une avancée, car les cas d'abus dans l'usage de la théorie du changement des circonstances existent très peu, à notre connaissance. Au contraire, les systèmes qui ignorent cette possibilité sont assez souvent obligés de procéder d'une manière ou d'une autre à la réfection des contrats pour éviter des injustices qui crèvent les yeux. C'est le cas du système français de plus en plus agité par un courant solidariste dont les idées gagnent du terrain avec de jeunes émules en doctrine et des sympathisants en jurisprudence.

*La consécration de la favor contractus, un geste hardi* – A la suite des analyses qui précèdent, on peut tirer la conclusion à l'effet que la prévision dans

l'avant-projet de dispositions spécifiques relatives au *favor contractus* est loin de représenter un geste banal. Ce constat s'étend à l'ensemble de l'avant-projet qui recoupe, d'une certaine manière, la justesse des propos suivants tenus par le doyen Henri Capitant<sup>6</sup> : "Le droit n'est pas une création arbitraire du législateur. Il est le produit du milieu social. Il s'adapte aux conditions économiques, sociales, morales de chaque société. Il se modifie incessamment sous leur poussée. Il évolue ...". Sur la base de ces propos, on peut s'interroger sur les enjeux socio-économiques justifiant la *favor contractus* et, partant, sur les risques possibles d'une intervention du tribunal dans le cadre d'une sauvegarde du contrat. Envisageant brièvement la discussion autour de ces deux pôles, une appréciation critique des solutions analysées dans notre première partie s'impose.

## II. – APPRECIATION CRITIQUE

La discussion sera centrée autour de la consécration de la *favor contractus*. Précisément, seront abordés le rôle socio-économique du contrat justifiant la protection que lui accorde l'avant-projet (A) d'une part, et la potentialité même du concept de *favor contractus* en tant qu'instrument ou standard encadrant les paramètres d'intervention du tribunal dans le but de sauver le contrat (B), d'autre part.

### A. Contexte de justification : *favor contractus* et le rôle socio-économique du contrat

Seront successivement abordés l'émergence d'un nouvel ordre contractuel et la perspective d'une redéfinition de la notion de continuité du service.

#### 1. *Emergence d'un nouvel ordre contractuel*

*Volets individuel et collectif justifiant l'émergence d'une nouvelle police contractuelle* – Acte juridique ou accord de volonté auquel les parties et le droit attachent des conséquences juridiques, le contrat est aussi à la fois un *fait social* que les sociologues, anthropologues, psychologues et économistes appréhendent largement et non du bout des lèvres<sup>7</sup>. Ces disciplines voient,

<sup>6</sup> Henri CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, Pedone, Paris (1904), 7.

<sup>7</sup> En marge des travaux de Ian McNeil aux Etats-Unis, désormais mondialement connus, on peut ajouter, à titre d'exemple : Ejan MACKAAY, Emmanuel S. DARANKOUM et alii, "L'économie de la bonne foi", in : Benoît Moore (dir.), *Mélanges offertes à Jean Pineau* (Thémis, Montréal (2003), 421 et s. ; Ejan MACKAAY / Stéphane ROUSSEAU, *L'analyse économique du droit*, Dalloz (2007) ; Emile DURKHEIM, *De la Division du travail social*, PUF, Paris, Coll. "Quatrième", 11<sup>e</sup> éd.

chacune à sa manière, dans le contrat un instrument qui revêt une utilité sociale, et ce, tant du point de vue individuel que collectif<sup>8</sup>. D'où la nécessité de sa protection. Mais aucun de ces volets, individuel ou collectif, ne peut être atteint, d'un point de vue législatif, sans la mise en place d'une *autre logique*, se traduisant par une sorte de *police contractuelle*<sup>9</sup>. Pareil ordre contractuel pourrait viser à réduire au maximum les cas de nullité, notamment en cas d'erreur<sup>10</sup> ou de lésion<sup>11</sup> ou encore minimiser la caducité des contrats en cas de changement de circonstances. Si les concepts d'erreur et de lésion sont bien connus des systèmes juridiques africains avec pour conséquence classique la nullité du contrat ou une remise en cause de sa formation, l'intervention de la notion de *favor contractus* conduit à y voir, généralement, une autre conséquence ; bref, un problème d'exécution-

(1986), 207 ; Robert CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale*, Gallimard, Paris, Coll. "Folio" (1999), 430 ; Jean-Guy BELLEY, "Le contrat comme instrument de justice privée", in : Nicholas Kasirer / Pierre Norreau (dir.), *Sources et instruments de justice privée en droit*, Thémis, Montréal (2002), 379 ; M. FONTAINE, "Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : synthèse et perspectives", in : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris (2001) : voir p. 1079 sur l'approche économique du droit ; p. 1087 sur l'approche socio-psychologique du droit et p. 1090 sur les enseignements de la pratique contractuelle.

<sup>8</sup> DURKHEIM, *supra* note 7 ; Philippe CHANNIAL, "Renouer avec les fils de l'alliance.- Bourgeois, Durkheim et l'incomplétude du contrat", in : Christophe Jamin / Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz (2003), 54 et s. (spéc. 64 où l'auteur précise que selon Durkheim, "le contrat ne peut être un contrat que s'il vise autre chose que le seul intérêt des parties, que s'il se nourrit de solidarité") ; Louis MARQUIS, *International Uniform Commercial Law. Toward a Progressive Consciousness*, Asghate (2005), 264 pp. (aux pp. 124 et ss. : l'auteur souligne fortement le rôle du droit uniforme dans le développement socio-économique.

<sup>9</sup> C'est en ce sens qu'un auteur n'hésite pas à voir la révision du contrat comme un mécanisme protecteur de l'ordre public, bref, "l'émergence d'un autre *principe directeur du contrat* : l'ordre public, spécialement, l'ordre public économique et social" : Pierre-Gabriel JOBIN, "La révision du contrat par le juge dans le Code civil", in : Ernest Caparros (dir.), *Mélanges Germain Brière, Wilson & Lafleur*, Montréal (1993), 399 (403).

<sup>10</sup> Sur l'erreur, voir : arts. 3/3 ; 3/5 et surtout 3/7 de l'avant-projet OHADA sur le droit des contrats. La notion d'erreur est classique et a toujours fait l'objet de pondération sous l'angle de l'opportunité ou non d'une annulation du contrat. Dans la mesure où l'ordre public de protection économique y joue un rôle, le juge appréciant et appliquant la *favor contractus* devra faire valoir sa perception des valeurs sociétales applicables à l'engagement contractuel, perception qu'influenceront à l'occasion ses propres valeurs. Or, ces valeurs varient avec le temps et changent sans doute encore aujourd'hui. En matière contractuelle, leur évolution conduit à des mutations qui amèneraient probablement les tribunaux à admettre la validité d'ententes qu'ils auraient autrefois annulées, en exprimant une juste indignation.

<sup>11</sup> Sur la lésion, voir P.-A. CREPEAU, *supra* note 2 ; voir aussi l'article 3/10 de l'avant-projet OHADA sur le droit des contrats.

inexécution contractuelle, avec pour effet la possibilité de maintien du contrat et la liquidation des dépens en terme de dommages-intérêts <sup>12</sup>.

*Justice contractuelle et justice sociale justifiant la théorie du changement de circonstances* – L'avènement de la théorie de l'adaptation du contrat au changement de circonstances n'est pas, elle non plus, sans conséquence sur l'émergence progressive d'une *police du contrat*. En effet, lorsque la situation démontre encore la *viabilité* socio-économique d'un contrat pourtant affecté par un changement drastique de circonstance, il apparaît plus utile, pour des raisons de bonne foi et d'équité <sup>13</sup>, de procéder à une relecture du principe d'intangibilité. Ce principe ne correspond pas toujours à la réalité ou aux besoins pragmatiques du quotidien <sup>14</sup> et ne parvient pas, dans certains cas, à rendre compte de la fonction sociale <sup>15</sup> que remplit le contrat dans les sociétés complexes, comme celles d'Afrique. Certains contrats s'inscrivant nécessairement dans le cours du temps, leur conclusion et exécution témoignent de la présence d'un mode d'action commune et de coopération qui établit un système de relations continues entre les parties. S'appuyant sur pareille dynamique, n'est-il pas préférable, en cas de difficultés, de remédier autrement aux pathologies du rapport concerné tout en s'efforçant d'en préserver l'économie ? C'est là qu'intervient le référentiel constitué par la vision relationnelle du contrat <sup>16</sup>. Celle-ci est toute basée sur la recherche

<sup>12</sup> Christine CHAPPUIS, "La compatibilité du droit suisse des contrats avec les standards internationaux", in : François Bellanger / François Chaix / Christine Chappuis / Anne Héritier Lachat (dir.), *Le contrat dans tous ses états*, Stamfli, Berne (2004), 305-340 (spéc. 316 et s.).

<sup>13</sup> En ce sens, Ginette LECLERC, "La bonne foi dans l'exécution du contrat", *Revue McGill*, N°37 (1992), 1070.

<sup>14</sup> Daniel JUTRAS, "The Legal Dimensions of Everyday Life", *Revue Canadienne Droit et Société*, N°16 (2001), 48, 60 et s.

<sup>15</sup> E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse, Dijon (1912), 319 et s. Selon cet auteur, "la tâche du droit n'est pas seulement de délimiter, de séparer, d'assurer l'indépendance de chacun, mais, tout en sauvegardant la nécessaire mais relative liberté dont les individus ont besoin pour remplir les missions ici-bas, de faire converger leurs activités vers les fins communes et d'organiser de telle sorte que le jeu des solidarités sociales qu'il soit pour tous au maximum source de bien, au minimum source de mal. C'est cette fonction essentiellement positive que la doctrine individualiste méconnaît".

<sup>16</sup> Marcel FONTAINE, "Un régime harmonisé de formation des contrats. Un réexamen", in : *Le processus de formation du contrat*, supra note 1, n. 8, 851 à 897. L'auteur analyse le droit uniforme (pp. 851-853) avant d'aborder les perspectives et impact potentiel de l'analyse économique du droit et des approches socio-psychologiques du contrat. Voir également, Guy LEFEBVRE / Emmanuel S. DARANKOUM, "La vente internationale de marchandises : La Convention de Vienne et ses applications jurisprudentielles", in : Denys-Claude Lamontagne (dir.), *Droit spécialisé des contrats – Les contrats relatifs à l'entreprise*, Yvon-Blais, Cowansville (1999),

constante de l'économie contractuelle<sup>17</sup>, quitte à procéder à une révision de la relation. Les avantages qui en découlent sont nombreux et expliquent la nécessité de préserver l'ordre contractuel moyennant adaptation. On peut, en quelques lignes illustrer de tels avantages.

*Avantages possibles* – Pour les acteurs de la vie sociale et économique, la protection du contrat permet d'éviter un gaspillage des ressources et le renforcement des liens dans un contexte de partenariat ou de branche économique au sein de laquelle chaque partie prenante dépend de *l'autre (rapports dialogiques en chaîne)*. C'est le cas des réseaux de distribution dont les besoins suscitent la sauvegarde des relations d'affaires. Dans ce contexte, une relation donnée ne se suffit pas à elle-même. Le réseau a besoin de pérenniser la chaîne d'exécutions successives tout en minimisant les cas d'anéantissement qui pourraient produire un effet de *domino* sur toute la branche économique. Ainsi, les contrats dits de situation se tissent dans un ensemble de rapports dits groupes de contrats, si bien que l'anéantissement d'une entente particulière risque de briser la chaîne ainsi constituée dans la branche économique concernée. Suivant cette logique, l'anéantissement d'un contrat pourrait facilement se prolonger au-delà du cercle initial constitué par un rapport pourtant dialogique, c'est-à-dire, entre deux entreprises. D'où l'intérêt social, individuel et collectif, civil et économique, de tendre vers la sauvegarde du contrat outil de solidarité<sup>18</sup>, et ce, d'autant plus que les agents économiques n'apparaissent pas comme des atomes isolés, mais plutôt comme des maillons d'une chaîne dont ils ne peuvent pas toujours facilement s'affranchir. Ce sont des considérations semblables qui, jadis, ont motivé la consécration du *hardship*. C'était, on le sait, à l'occasion des crises sociales ayant suivi la Première Guerre Mondiale. Considérant l'aspect socio-économique du contrat, la jurisprudence allemande avait alors forgé le concept d'imprévision ou *hardship* afin de couvrir de grands bouleversements de circonstances affectant les relations contractuelles. C'est ainsi que ce concept a permis de résoudre une crise d'exécution contractuelle par une formule de collaboration des parties seules ou par l'entremise d'un tiers. L'émergence contemporaine

385-485; *Idem*, "Phénomène transnational et droit des contrats : les Principes européens du droit des contrats", *Revue du droit des affaires internationales* (1999), 47; FONTAINE, *supra* note 7.

<sup>17</sup> J. MOURY, *Une notion embarrassante : l'économie du contrat*, D. (2000), chr., 383. Voir également, A. CHAINEAU, "Crise économique, crise juridique, crise de société : 1975-1995", in : *Droit de la crise : crise du droit, Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, Cinquièmes journées René Savatier, Poitiers (5 et 6 octobre 1995), 14.

<sup>18</sup> En ce sens, le contrat contribue à la recherche de l'efficacité par les parties et à la satisfaction de l'intérêt général.

d'un nouveau type de partenariat représente, à notre avis, le prolongement de cette formule de collaboration. Surtout, ce nouveau partenariat recèle des potentialités énormes pour un développement accéléré de l'Afrique.

## 2. *Emergence d'un nouveau partenariat*

*Adéquation du hardship aux besoins sociaux de développement* – Les arguments qui ont parfois servi de justification au cantonnement de la théorie du changement des circonstances au sein des contrats administratifs, dans certains pays, ne résistent plus à la critique. C'était le constat découlant de nos critiques formulées dans notre première partie. En effet, cette théorie ne constitue plus une exception en droit comparé. Les exemples de sa consécration au-delà de la sphère des contrats administratifs sont multiples et tendent de plus en plus vers une généralisation. L'Afrique fait d'ailleurs montre d'un certain leadership en la matière, et ce, bien avant l'avènement des Principes d'UNIDROIT. C'est le cas de l'article 147.2 du Code civil d'Egypte et de l'article 3183 du Code civil d'Ethiopie qui, tous deux, reconnaissent la théorie du changement des circonstances. Un autre exemple va même plus loin et accorde à ladite théorie le rôle d'un vecteur de l'équilibre perpétuel des rapports contractuels et, par voie de conséquence, des rapports sociaux. Il s'agit de l'Algérie, pays en développement, qui érige en règle d'ordre public l'article 107 de son Code civil. Doit-on y voir une adéquation de la théorie aux *besoins sociaux de développement* ? Dans une autre sphère, celle du commerce international, on a pu construire avec succès la notion rentable de besoins ou *intérêts du commerce international*. On peut tenter le rapprochement et voir dans la notion de besoins ou intérêts du développement un référentiel justifiant la réception par l'Afrique de la théorie du changement des circonstances. Ainsi, les nécessités de développement et de précarité propres aux pays pauvres couplées d'une insuffisance du rôle de l'Etat conduit à l'extension nécessaire de la théorie du changement de circonstances dans les relations privées. Seul, l'Etat ne parvient pas à assurer la continuité du service public et, partant, du développement. Il s'agit d'un constat communément admis. La complémentarité du privé s'est vite révélée indispensable. Il s'agit d'un deuxième constat non contesté. Dès lors, apparaît parfaitement justifiée la thèse d'une transposition de la mise en œuvre de la théorie du changement des circonstances à tous les contrats, y compris ceux entre partenaires privés. La continuité du service public dont le relais est pris par le secteur privé se trouve renforcée, l'ensemble faisant l'objet d'un encadrement législatif trouvant sa cohérence par une formule d'extension. A cet égard, l'intérêt que suscite, depuis récemment, la technique contractuelle

de partenariat public-privé<sup>19</sup> justifierait les solutions nouvelles de la protection du contrat consacrées par l'avant-projet. Il faut espérer que les tribunaux sauront en faire bon usage.

## **B. L'intervention du tribunal ou du tiers désigné**

La protection du contrat suppose, très souvent, une intervention du tribunal<sup>20</sup> en vue de départager des prétentions opposées, celle en faveur de la naissance et maintien du lien contractuel et celle militant dans le sens inverse. Le risque d'arbitraire, qu'il faut gérer, est à craindre. Même si les remèdes à un tel risque se situent au-delà d'une codification du droit des contrats, un bon usage de la *favor contractus* peut servir de guide ou rempart au tribunal.

### *1. Un risque à définir et à gérer*

*Essai de définition* – Qu'est-ce que l'intervention du tribunal ? C'est, à notre avis, une attitude qui renferme une sagesse dans l'application du droit. C'est une attitude d'esprit qui envisage, dans le cadre du droit positif, les choses d'une manière plutôt concrète qu'abstraite. Le tribunal, judiciaire ou arbitral, interviendra en cas de différends mettant en opposition deux prétentions qu'il faut trancher par application du droit (mise à part la situation particulière de

<sup>19</sup> Le succès des partenariats public-privé en constitue la preuve (Laetitia GRAMMATICO, "Les contrats de partenariats public-privé", in : *Les mots du droit et les incertitudes de la modernité, Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe Colson*, Presses Universitaires de Grenoble (2006), 541-558. L'auteur qualifie le partenariat public-privé de véritable contrat d'intérêt commun dans lequel la *solidarité des associés* confirme la définition, *comme le fait de partager des ressources, y compris des savoir-faire, des risques et des bénéfices. La transcription est alors un véritable bouleversement dans la mesure où, jusque là, les contrats administratifs s'appuyaient sur la séparation de l'Etat, de l'économie et du privé* (p. 543). Un autre exemple est constitué par le fait, pour de nombreuses entreprises privées, d'accepter d'assumer de lourds risques tout en contribuant au développement socio-économique dans des secteurs fortement aléatoires et où la rentabilité est parfois une question de longue durée. En ce qui concerne l'Afrique, la précarité dominante est en soi un facteur qui justifie la théorie du changement des circonstances sous l'angle du *hardship*, tel que le suggère l'avant-projet. En effet, le recours à cette notion est borné de conditions particulières visant à ne pas ruiner le principe de force obligatoire des contrats. C'est aux tribunaux, en particulier la CCJA à faire preuve de prudence et de sagesse dans la délimitation jurisprudentielle des paramètres d'intervention du concept. De plus, l'expérience transnationale est là pour attester l'absence d'abus dans la mise en œuvre du *hardship*, et ce, depuis l'avènement des Principes d'UNIDROIT. La même tendance peut être constatée en Algérie où la présence du concept n'a jamais constitué un frein aux relations contractuelles, mais au contraire un facteur plutôt rassurant de prévention des crises susceptibles de causer des situations asymétries iniques ou tout simplement injustes.

<sup>20</sup> Pierre NORREAU / Chantal ROBERGE, *La déontologie judiciaire appliquée*, Wilson & Lafleur, Montréal (2005), 294 pp.

l'amiable composition). Toutefois, il faut aussi considérer la perspective d'un tiers désigné, non en vue de régler un différend né mais de trouver une solution ou un ajustement à un simple désaccord, comme la détermination d'un prix, ou l'adaptation du contrat au changement de circonstances. Un tel mandat d'intérêt commun n'obéit pas à la procédure similaire au processus judiciaire. En effet, si les parties ont fait appel à un tiers uniquement dans le but de compléter un élément du contrat ou d'adapter ce dernier, il est moins certain qu'elles aient entendu soumettre un différend né à ce tiers mais elles ont plutôt voulu éviter la naissance d'un tel différend. Dans la même veine, si le tiers désigné doit décider en fonction de ses connaissances personnelles, il s'agit vraisemblablement d'un recours à son expertise.

Comme on peut le constater, il s'agit d'un domaine vaste que la présente étude ne peut prétendre traiter amplement et qui n'entraîne pas dans la mission de l'avant-projet lui-même. Néanmoins, la question ne peut être évitée, de sorte que les propos qui suivent viseront à tracer le cadre de la problématique et suggérer quelques solutions ou pistes de réflexion.

*Un risque à gérer* – Notons simplement les facultés que possèdent les parties au contrat d'aménager conventionnellement<sup>21</sup>, dans les situations autres que le recours au système judiciaire, le cadre d'intervention des arbitres ou autres tiers désignés pour retoucher le contrat. L'encadrement conventionnel de la mission du tiers ou de l'arbitre permet aux parties de moins craindre les risques d'abus. Ceux-ci peuvent donc être gérés par le contrat<sup>22</sup>. Néanmoins, une telle maîtrise contractuelle échappe parfois aux rédacteurs de contrats, l'engagement contractuel traduisant davantage une volonté d'établir une relation que de définir son contenu et les paramètres d'intervention d'un tiers de façon exhaustive.

Pour ce qui est du système judiciaire saisi en cas de recours, l'opportunité de son intervention pour protéger le contrat découlera directement des prescriptions législatives. Le rôle de la *favor contractus* peut s'en trouver modifié, comme dans les cas où les parties veulent solliciter la perfection d'un contrat incomplet, et ce, afin de rendre efficace l'acte de volonté dont

---

<sup>21</sup> Marcel FONTAINE, "Les Principes d'UNIDROIT : expression de la pratique contractuelle actuelle ?", in : *Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international. Réflexions sur leur utilisation dans l'arbitrage international*, Bulletin CCI (2002), 101; voir aussi le numéro spécial de la *Revue du droit des affaires internationales* (2003) consacré à la pratique contractuelle ; Jean-Guy BELLEY, "Le contrat comme instrument de justice privée", in : Kasirer / Norreau, *supra* note 7, 379.

<sup>22</sup> Jean-Marc MOUSSERON, "La gestion des risques par le contrat", *Revue trimestrielle de droit civil* (1988), 481 et s.

l'existence n'est pas contestée, par exemple. En ce sens, la *favor contractus* remplirait, indirectement, une fonction complémentaire à sa fonction habituelle : celle consistant à fournir des indications ou à rationaliser les paramètres d'intervention du juge <sup>23</sup>.

## 2. Paramètres d'intervention

*Généralités* – Il est donc permis de soutenir que la *favor contractus* contribue à rationaliser le cadre d'intervention du tribunal dans la naissance, la révision et le maintien du contrat <sup>24</sup>. Il s'agit d'un principe qui s'arrime à la primauté du droit et qui invite à un renouvellement des mentalités. Le système judiciaire fonctionnera mieux et les décisions qui en découlent inspireront confiance lorsqu'il est acquis que l'intervention du tribunal n'est pas un acte arbitraire mais s'enracine dans la conscience d'une règle de droit (*favor contractus*) qui s'impose aux divers intervenants. En bref, la consécration de la *favor contractus* contribuera à éloigner le contexte d'intervention du tribunal de multiples suspicions <sup>25</sup>. Notamment, on ne saurait critiquer la décision d'un tribunal comme étant dépourvue de base légale, faute d'une prescription l'autorisant à favoriser le maintien du contrat plutôt que sa caducité. Cette affirmation appelle des illustrations et remarques.

*Illustrations et remarques* – Si l'on se place, par exemple, sous l'angle de la formation du lien contractuel, l'autopsie judiciaire d'un rapport présenté comme contractuel et contesté fait naître le risque d'une multiplication des litiges et de sentiment d'injustice, puisque le tribunal saisi doit toujours choisir entre deux prétentions contraires. Le seuil du contractuel et du non-contractuel ne sera pas toujours aisé à tracer. Alors qu'un acte banal est susceptible de se transcrire en acte contractuel, un autre, plus complexe, peut ne pas impliquer l'existence de lien contractuel. Fort heureusement, avec la *favor contractus* il devient possible pour un juge de faire jouer une conception plus libérale du jeu des consentements en faisant prévaloir la véritable intention sur le tandem offre/acceptation, ainsi qu'on l'a vu dans la première partie de la présente étude. Ce qui, du reste, permet d'éviter qu'une partie cherche à imposer à l'autre, de manière surprenante, l'inexistence d'un contrat qu'on

---

<sup>23</sup> Sur ces fonctions du *favor contractus* au plan universel des Principes d'UNIDROIT, Peter BERGER, "The relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the new *lex mercatoria*", *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* (2000), 153 et s. (spéc. 164 et s.).

<sup>24</sup> François RIGAUX, "Le juge, arbitre de la certitude du droit", in : E. Mackaay (dir.), *Les certitudes du droit*, Thémis, Montréal (2000), 17 et s. (spéc. 45) (le juge ne doit pas dénaturer une convention claire).

<sup>25</sup> Pierre CIOTOLA, *La suspicion et le droit*, Thémis, Montréal (2006), 68 pp.

tiendrait pourtant pour acquis. C'est la primauté de l'intention contractuelle sur le consensualisme au sens classique<sup>26</sup>. Pour déceler cette véritable intention, des facteurs culturels, sociologiques et psychologiques<sup>27</sup> pourraient intervenir pour dissocier le voulu du non-voulu.

*Le rôle de la CCJA* – Il appartiendra aux magistrats de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), désormais familiers aux préceptes et concepts du droit uniforme, de déterminer les lignes de démarcation des notions philosophiques, à l'enseigne de la *favor contractus*, contenues dans l'avant-projet, et ce, dans une perspective de justice sociale et de développement durable pour l'Afrique.

## CONCLUSION

*Renforcer l'idée de conscience du droit ...* – Les idées contenues dans l'avant-projet sur le droit uniforme OHADA des contrats témoignent d'une grande richesse susceptible de résister au temps et de permettre à la greffe de développement de la *conscience du droit* de prendre. Pour aider dans cette direction, ne faut-il pas parallèlement accroître la participation de juristes africains au sein de certains forums comme UNIDROIT, la Chambre de Commerce Internationale (CCI), etc. Dans le même sens, l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) pourrait accueillir davantage de juristes étrangers enrichis par une expérience du droit uniforme comparé, et ce, afin de dispenser des formations.

*... en Afrique, comme ailleurs ...* – A l'heure où, en Europe, foisonnent des projets visant à un rapprochement des ordres et cultures juridiques et alors même que les économies africaines demeurent grandement interdépendantes, le caractère synchrétique du concept de *favor contractus* peut contribuer aux rapprochements des systèmes de droit civil et de *common law* en Afrique. Dans cette perspective de rapprochement des juristes des deux systèmes visés, une possibilité intermédiaire serait d'accompagner l'avant-projet sur le droit des contrats d'un laboratoire africain de recherche et de rédaction contractuelle. En effet, de nombreux travaux, à l'étranger, en attestent la vitalité lorsque se développe une maîtrise de la gestion des risques par le contrat (risques se rattachant à la formation, à l'exécution, à l'inexécution).

<sup>26</sup> Alain SUPIOT, "La fonction anthropologique du contrat", *Esprit*, N° 2 (2001), 151, 156 ; Constantin TOHON, "Le droit pratique du commerce *informel* : un exemple de plurijuridisme au Bénin", in : Amille Kuyu (dir.), *A la recherche du droit africain du XXI<sup>ème</sup> siècle*, Connaissances et Savoirs, Paris (2005), 245 et s.

<sup>27</sup> FONTAINE, *supra* note 7.

... et éviter, ainsi, une autre balkanisation du continent – Autres temps, autres mœurs : l'avant-projet annonce certainement la fin d'une époque, celle d'un droit colonial devenu vétuste et peu adapté aux exigences du développement. On peut aussi y voir une réponse aux exigences de la mondialisation dans la mesure où, de par sa texture ouverte et donc nécessairement durable, l'avant-projet permettrait à l'Afrique d'éviter une double marginalisation jadis constatée par Aimé Césaire : la ségrégation murée dans le particulier ou la dilution dans l'universel.



**PROTECTION OF THE CONTRACT UNDER THE PRELIMINARY DRAFT OHADA UNIFORM ACT ON CONTRACT LAW : CONCLUSION, PERFORMANCE AND REMEDIES FOR NON-PERFORMANCE** (Abstract)

Emmanuel S. DARANKOUM (Professor, Law Faculty, University of Montreal (Canada))

As in other areas, the harmonisation of contract law within OHADA has sparked a search for ideas to explain and justify new avenues of approach. In an age of globalisation, such a quest for modernity is legitimate in the – at least apparently - unique African context. Admittedly, some legal categories, such as contract law, are indisputably universal in scope, regardless of differences in theory or practice dictated by the times, by the legal system in force, or indeed by necessity. The ideas put forward in the preliminary draft Uniform Act on contract law, where they touch upon favor contractus or on the protection of the contract, fall into this category.

The increasingly fashionable concept of favor contractus is situated at a cross-roads where formation, performance and non-performance of the contract meet. Without discarding the binding force of the contract, the notion of favor contractus does, nevertheless, to some extent weaken the classical concept of freedom of contract, but in recompense, it strengthens the ideal of contractual justice, certainly an attractive prospect. According to some, the search for a "fairness threshold" implies the need for a new reading of the notion of freedom of contract, in particular in those cases where its use might lead to results that are either shocking, unreasonable or generally ill-adjusted to economic and social reality.

Viewed from the angles of contract formation, performance and remedies for non-performance, favor contractus is intended to ease the birth of a contractual relationship and to ensure its survival by making it more difficult for circumstances to arise in which the validity of that relationship might be placed in jeopardy or lead to premature termination or termination without sufficient cause, for example. Saving the contract thus serves both to protect the manifest interests of the contracting parties and to achieve a certain social objective.

*The notion of favor contractus as developed in the preliminary draft Uniform Act on contract law to some extent lends force to the reasoning earlier propounded in the Uniform Act on commercial law in general, specifically as regards some of its provisions on commercial sale (inspired by the Vienna Convention). Some of the future Act's provisions therefore echo those of its predecessor. As to the new material, for example the provisions pertaining to confirmation, to divergences between standard and non-standard clauses, to hardship and "imprévision" (...), the UNIDROIT Principles have demonstrated their practical value and experience shows that, putting theoretical controversy aside, the courts are willing to steer a course between boldness and common sense in handling these concepts. Moreover, these ideas could be very effective as a lever for a (veritable) modern contract practice in Africa, and they could be conducive to a change of mentalities – not the most negligible factor.*

*Essentially, the report discusses the way in which the preliminary draft deals with favor contractus at the different stages of the contractual process, before going on to discuss the validity of one facet of the philosophy underlying the proposed text.*

