

Le renoncement à la cause et à la *consideration* dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats

Christine Chappuis *

L'Avant-projet d'Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats (ci-après : Avant-projet ou AP) consacre un double renoncement. Parmi les conditions de validité du contrat, il ne retient ni la cause, ni la *consideration*, prenant à la fois ses distances avec un véritable étendard du droit français¹ et avec une doctrine traditionnellement considérée comme essentielle par les systèmes de *common law*². Comme son modèle, les *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*³, l'Avant-projet est centré sur l'accord des parties. La volonté commune, résultat de l'échange d'une offre et d'une acceptation, suffit à lier valablement les parties⁴.

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève (Suisse). Ma vive gratitude est acquise à mes collègues Eleanor CASHIN RITAINE, Marcel FONTAINE, Thomas KADNER GRAZIANO et Robert LECKEY, pour leurs précieux commentaires sans lesquels je ne me serais pas aventurée sur les *terrae incognitae* de la cause et de la *consideration*. Mes remerciements vont en outre à Sébastien BOIS, assistant à la Faculté de droit de l'Université de Genève, qui m'a aidée à rassembler la documentation nécessaire.

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 Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, "La réforme du droit français des contrats : perspective comparative", *Revue des contrats* (2006), 152.

² Sur les origines des notions de cause et de *consideration*, voir les pages éclairantes de René DAVID, "Cause et *Consideration*", in : *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz, Paris (1960), 111-137 ; sur le rôle différent de l'une et de l'autre, René DAVID / David PUGSLEY, *Les Contrats en Droit Anglais*, 2^e éd., LGDJ, Paris (1985), N^o 185 ss ; Konrad ZWEIGERT / Hein KÖTZ / Tony WEIR, *Introduction to Comparative Law*, Vol. II – *The Institutions of Private Law*, 2^e éd., Clarendon Press, Oxford (1987), 71 ss, en traitent sous la dénomination "*Indicia of Seriousness*".

³ Ci-après : PU. Voir l'art. 3.2 PU (Validité par seul accord) : "Pour conclure, modifier un contrat ou y mettre fin, il suffit de l'accord des parties et de lui seul".

⁴ Voir l'art. 1/4 ainsi que les Chapitres 2 et 3 de l'Avant-projet.

Le propos de la présente contribution n'est pas de prendre parti dans la querelle qui oppose les causalistes aux anti-causalistes en France, ni de démontrer que la *consideration* ne serait pas utile au droit du contrat⁵ de *common law*. La cause et la *consideration* ont incontestablement permis de résoudre des problèmes juridiques relatifs à la validité d'un contrat dans les ordres juridiques concernés. L'on s'attachera à montrer dans une première partie l'impossibilité du choix entre l'une et l'autre de ces notions par un Avant-projet sur le droit des contrats destiné à l'ensemble des Etats Membres de l'OHADA. Dans la deuxième partie, l'on verra comment l'Avant-projet propose de résoudre quelques problèmes traditionnellement appréhendés par la cause en droit français, par la *consideration* dans la tradition de *common law*.

I. – CAUSE OU CONSIDERATION : UN CHOIX IMPOSSIBLE

Les notions de cause et de *consideration* partagent le douteux privilège de n'être pas comprises du juriste qui n'est pas de formation française ou de *common law*. Relevant toutes deux de la validité du contrat, leur champ d'application est cependant différent (A). Se passant de l'une et de l'autre, la tendance moderne consiste à régler les problèmes qui se posent par d'autres institutions juridiques. L'Avant-projet suit la tendance moderne (B).

1. L'incompréhension du juriste étranger

Dans une première approximation, l'on retiendra que la cause et la *consideration* se rapprochent par leur fonction d'encadrement de l'autonomie de la volonté. Elles sont toutes deux une condition de validité du contrat, qui vient s'ajouter à l'échange d'une offre et d'une acceptation produisant le consentement, obligatoire pour les deux parties. La limite ainsi posée à la validité du consentement s'exprime toutefois de manière différente dans les deux droits. Pour le droit français, un contrat ne peut valablement se former que si les obligations qu'il engendre ont une cause sanctionnée par le droit. La cause doit exister, elle ne doit pas être fautive, ni illicite⁶. Dans les systèmes de *common law*, une promesse n'a pas d'effet obligatoire en tant que contrat si elle ne repose sur une *consideration* ou sur un *deed* (acte

⁵ Alors que les systèmes de *common law* ont développé la "*law of contract*" au singulier, les systèmes de droit civil utilisent l'expression "droit des contrats" au pluriel : Alain A. LEVASSEUR, *Comparative Law of Contracts, Cases and Materials*, Carolina Academic Press (2008), xvii (Introduction).

⁶ Art. 1108 et 1131 Code civil français (ci-après CCF).

portant un sceau) qui en tient lieu⁷. La *consideration* est la contrepartie promise par celui qui entend tirer un droit de la promesse faite par l'autre partie. C'est du point de vue du juriste suisse, en tant que juriste étranger, que les deux institutions seront tout d'abord examinées.

2. Validité du contrat, *consideration* et cause en droit suisse

Interrogé sur la validité d'un contrat, le juriste suisse a pour habitude de vérifier dans l'ordre : 1. l'existence d'un accord des parties (articles 1 à 10 COS⁸) ; 2. le respect d'éventuelles règles de forme, sachant que le principe est celui de la liberté de la forme (articles 11 à 16 COS) ; 3. le respect des limites posées par la loi à l'objet du contrat (articles 19-20 COS) ; 4. l'absence d'un vice du consentement (articles 21, 23 à 31 CO) ; et 5. la capacité des parties à conclure le contrat ainsi que, le cas échéant, les règles sur la représentation (articles 32 à 40 COS).

Nonobstant des termes et une structure quelque peu différents, le juriste suisse retrouverait dans l'Avant-projet les chapitres correspondants : 1. la formation du contrat (articles 2/1-2/22 AP) ; 2. l'absence d'exigence de forme (article 1/3 AP) ; 3-4. les cas d'invalidité relatifs à l'illicéité (articles 3/1, 3/12 et 3/13 AP) et à l'intégrité du consentement (articles 3/4-3/11 et 3/14-3/20 AP)⁹ ; 5. la capacité des parties (article 3/2 AP) et la représentation (articles 2/23-2/32 AP).

En revanche, placé devant l'exigence de la *consideration* de l'engagement, cette contrepartie nécessaire sans laquelle une promesse ne lierait pas son auteur, le juriste suisse est perdu. Dans l'optique du droit suisse, le contrat ne se conçoit pas seulement selon le type synallagmatique de deux (ou plusieurs) obligations en rapport d'échange¹⁰. Le contrat unilatéral compor-

⁷ Sir Guenter TREITEL, *The Law of Contract*, 12^e éd., Thomson, Londres, (2007), N° 3-001 ; CHITTY ON CONTRACTS, 29^e éd., Vol. I, *General Principles*, Sweet & Maxwell, Londres (2004), N° 3-001.

⁸ Code des obligations, Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (RS 221).

⁹ L'impossibilité n'est – à juste titre – pas érigée en cas d'invalidité par l'Avant-projet (art. 3/3 AP), contrairement à la solution suisse (COS 20(1)).

¹⁰ F. DESSEMONTET, in : Luc Thévenoz / Franz Werro (éd.), *Commentaire Romand, Code des obligations I (art. 1-529 CO)*, Helbing & Lichtenhahn, Genève / Bâle / Munich (2003), CO 1 N° 5 ; F. HOHL, in : *ibid.*, CO 82 N° 5. La définition suisse du caractère synallagmatique se fonde sur les prestations promises, qui doivent être en rapport d'échange (Pierre TERCIER, *Le droit des obligations*, 3^e éd., Schulthess, Genève, etc. (2004), N°s 227-231), alors que la définition française insiste sur les obligations réciproques (art. 1102 CCF) et la définition anglaise se fonde sur les

tant une obligation à la charge d'une seule partie est un type de contrat connu du droit suisse. Il permet par exemple à une seule partie de s'obliger sur la base d'un contrat de donation (article 239 ss CO), certes valable uniquement s'il est fait par écrit (article 243(1) CO), ou d'un contrat de garantie n'obligeant que la partie qui garantit la dette d'un tiers¹¹. Les questions de savoir quels sont les termes de l'échange – si échange il y a – et, en particulier, quel est le poids respectif des prestations promises, sont laissées à la libre disposition des parties, sous la réserve, notamment, des règles protectrices du consentement ou du consommateur.

La notion de cause, quant à elle, n'est pas totalement étrangère au juriste suisse qui pensera pour commencer à l'enrichissement illégitime ou "sans cause" (article 62 ss COS). Mais le droit suisse vise ici la cause d'un transfert patrimonial, non celle d'un contrat ou d'une obligation. Il oblige à restitution le bénéficiaire d'un transfert patrimonial injustifié (absence de cause, cause qui ne s'est pas réalisée ou cause qui a cessé d'exister)¹². C'est ainsi que le versement d'une somme d'argent intervenu sur la base d'un contrat non conclu, nul ou qui a été annulé doit être restitué sur la base des règles de l'enrichissement illégitime. La cause intervient ensuite comme condition nécessaire de validité du transfert de la propriété (mobilière ou immobilière)¹³. A nouveau, l'on discute de la cause d'un transfert (celui d'un droit, la propriété) et non de la cause d'une obligation ou d'un contrat. C'est la raison

promesses (Patrick S. ATIYAH / Stephen A. SMITH, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6^e éd., Clarendon, Oxford (2005), 56 s. et 35, n. 1). Par ailleurs, le droit suisse ne fait pas de la distinction entre le contrat commutatif et le contrat aléatoire (art. 1104 CCF) un élément de la classification des contrats : TERCIER, *supra*, § 6 ; Ingeborg SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4^e éd., Stämpfli, Berne (2006), § 3 ; voir cep. Pierre ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2^e éd., Stämpfli, Berne (1997), 165, qui esquisse la distinction sans lui attacher de conséquences juridiques particulières.

¹¹ Le contrat de cautionnement (art. 492 ss COS) est un contrat formel (art. 493 COS), ce que n'est pas le contrat de garantie (porte-fort, art. 111 COS) : S. TEVINI DU PASQUIER, in : Thévenoz / Werro, *supra* note 10, CO 111 N° 3.

¹² Art. 62(2) COS.

¹³ Le transfert de la propriété obéit au principe de la causalité qui est exprimé en matière immobilière par l'art. 975(1) CCS : "Celui dont les droits réels ont été lésés par une inscription faite ou par des inscriptions modifiées ou radiées sans cause légitime, peut en exiger la radiation ou la rectification". C'est la jurisprudence, déjà ancienne, qui soumet le transfert de la propriété mobilière au principe de la causalité (ATF 55 II 302, JdT 1930 I 535), tranchant une question laissée ouverte par le législateur et controversée à l'époque. A noter que la vente n'est pas translatrice de propriété en droit suisse qui distingue les actes générateurs d'obligation et les actes de disposition (TERCIER, *supra* note 10, N°s 191-193 ; SCHWENZER, *supra* note 10, N°s 3.30-3.39).

pour laquelle on ne peut pas affirmer¹⁴ que le droit suisse a abandonné la cause de l'obligation au profit de l'enrichissement sans cause.

Dans la recherche de correspondances entre le droit suisse et le droit français, l'on aboutira pour terminer à l'article 17 COS dont le titre marginal est prometteur : "Cause de l'obligation". Toutefois, cette disposition traite d'une question spécifique relative à la reconnaissance d'une dette. Une telle reconnaissance "est valable, même si elle n'énonce pas la cause de l'obligation". La reconnaissance de dette est une déclaration unilatérale qu'adresse la personne se considérant comme débitrice à la personne qu'elle reconnaît comme créancière et dont l'objet est une dette (ou une obligation) dont le déclarant admet l'existence. Ainsi, la déclaration de X à Y : "je vous dois CFA 100.000", produit des effets juridiques même si elle n'indique pas la cause de la dette, soit les raisons pour lesquelles X doit CFA 100.000 à Y (paiement du prix, remboursement du trop perçu, dommages-intérêts suite à un accident, etc.)¹⁵. Les effets juridiques qui en découlent sont toutefois limités aux questions de la preuve par le créancier de l'existence de la dette¹⁶ et de la protection de la bonne foi des tiers (articles 18(2) et 164(2) COS)¹⁷. La reconnaissance de dette produit aussi un effet interruptif de prescription (article 135 ch. 1 COS)¹⁸.

La cause, ainsi comprise par le droit suisse, n'est qu'un faux ami de la cause du droit français, que l'apparente proximité des termes rend dangereuse pour le comparatiste. Au terme de ce premier exercice de comparaison, le juriste suisse n'est guère avancé dans la compréhension du problème. La *consideration* n'existe pas dans son droit. Quant à la cause, le droit suisse ne la met pas en relation avec l'obligation ou le contrat et n'en fait pas une condition de validité de l'une ou de l'autre. A la perplexité se mêle un certain étonnement : comment le droit suisse des contrats – si prisé par les partenaires du commerce international – a-t-il pu se passer de ces concepts depuis son adoption en 1881 ?

¹⁴ H.-L. et J. MAZEAUD / François CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, T. II, vol. 1, 9^e éd., Montchrestien (1998), N° 266, 270 n. 6. Même confusion chez LEVASSEUR, *supra* note 5, 81.

¹⁵ CR CO I – TEVINI DU PASQUIER, *supra* note 11, CO 17 N° 1.

¹⁶ CR CO I – TEVINI DU PASQUIER, *supra* note 11, CO 17 N° 7 et 11 (certains auteurs enseignent que la reconnaissance de dette crée une obligation nouvelle : N° 8).

¹⁷ CR CO I – TEVINI DU PASQUIER, *supra* note 11, CO 17 N° 10.

¹⁸ Si la dette est reconnue dans un titre, le nouveau délai de prescription est toujours de dix ans (art. 137(2) CO).

3. Un regard extérieur sur les problèmes appréhendés par la cause

Devant cet échec, le juriste étranger tente de comprendre quels sont les problèmes concrets que le droit français résout par le contrôle de l'existence, puis de la licéité de la cause. Il se heurte immédiatement à un premier obstacle. Doit-on rechercher la cause de l'obligation ou celle du contrat ? Les articles 1108 et 1131 CCF visent uniquement la cause de l'obligation, en raison – semble-t-il – d'un manque de rigueur terminologique qui serait imputable aux rédacteurs du Code civil¹⁹, ce qui conduit à des difficultés de délimitation, qui troublent particulièrement le juriste étranger. Second obstacle : opposant la cause objective à la cause subjective, certains parlent de cause objective ou encore de cause de l'obligation²⁰ lorsque, dans un souci de protection individuelle, l'on vérifie que la cause existe ; de cause subjective ou encore de cause du contrat²¹, lorsque, dans le souci de protéger l'ordre social, l'on vérifie que la cause est licite. La protection de l'individu paraît pourtant davantage une question d'ordre subjectif, alors la conformité à l'ordre juridique tendant à la protection de l'ordre social présente un aspect plus objectif. La subjectivisation de la cause souhaitée par certains, honnie par d'autres²², achève de confondre le juriste étranger. Nonobstant les malentendus possibles liés à l'opposition entre objectif et subjectif, il n'en demeure pas moins que l'existence et la licéité de la cause méritent indubitablement d'être vérifiées pour conclure à la validité du contrat.

La vérification de l'existence de la cause²³ conduit à s'interroger sur la contrepartie de l'obligation assumée, sans se fourvoyer à contrôler l'équivalence économique des prestations réciproques promises, puisque l'article 1118 CCF l'interdit sauf exceptions. Une obligation perd sa cause lorsque la contrepartie fait défaut, ainsi lorsque le prix est dérisoire²⁴ ou, dans les

¹⁹ MAZEAUD / CHABAS, *supra* note 14, N° 255, (p.) 262, n. 1 ; sur la difficulté de la distinction : N° 281. Henri CAPITANT / François TERRE / Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 11^e éd. (2000), 63, 64 et 67, semblent se concentrer sur l'obligation lorsqu'il s'agit de l'existence de la cause, sur le contrat lorsqu'il s'agit de la licéité de la cause.

²⁰ CAPITANT / TERRE / LEQUETTE, *supra* note 19, 62, N° 5.

²¹ *Ibid.*

²² *Cf. infra* note 102.

²³ Philippe MALAURIE / Laurent AYNES / Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, 2^e éd., Defrénois, Paris (2005), N° 622 ss ; François TERRE / Philippe SIMMLER / Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 9^e éd., Dalloz, Paris (2005), N° 336 ss.

²⁴ CAPITANT / TERRE / LEQUETTE, *supra* note 19, 63 N° 8.

contrats synallagmatiques, que l'absence d'une obligation entraîne la disparition de l'autre²⁵. La tentation semble grande de faire de la cause un instrument de justice et d'équilibre contractuels²⁶. C'est ainsi que l'on observe une certaine subjectivisation de la cause de l'obligation allant jusqu'au contrôle de l'intérêt économique du contrat²⁷. Se pose dès lors la question de savoir si la cause n'est pas un remède rendu nécessaire parce que le Code civil français se prive d'un instrument juridique adéquat pour atteindre la justice et l'équilibre contractuels. La possibilité, prévue par l'article 3/10 AP, de ne pas donner force obligatoire à un contrat qui accorde un avantage excessif à une partie à la demande de la partie désavantagée apporte une réponse adéquate au besoin d'assurer un minimum de justice contractuelle²⁸.

La vérification de la licéité de la cause se fonde sur l'article 1133 CCF²⁹. Selon cette disposition, l'illicéité peut résulter d'une prohibition légale, de la contrariété aux bonnes mœurs ou de la contrariété à l'ordre public³⁰. Il n'est pas contestable que l'autonomie privée des parties ne peut franchir les limites posées par l'ordre juridique, que l'on rattache ce contrôle à la cause ou à une autre notion.

Sans s'arrêter à la distinction entre cause de l'obligation et celle du contrat, dont la clarté n'est pas totale³¹, on peut retenir que les problèmes spécifiques résolus par la vérification de l'existence de la cause se rapprochent

25 MALAURIE / AYNES / STOFFEL-MUNCK, *supra* note 23, N° 623.

26 Voir, Jean-Marie GUEGUEN, *Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle*, D. (1999), chron. 352.

27 Par ex., CAPITANT / TERRE / LEQUETTE, *supra*. note 19, 64 N° 12 ss ; voir par ailleurs *infra* note 102.

28 Comparer l'art. 3/10 AP avec l'art. 21(1) COS : "En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience". Une décision rendue en application de cette disposition souligne que "le droit des contrats s'est toujours plus "matérialisé" en ce sens que la liberté formelle des conventions a été de plus en plus supplantée par une conception matérielle de la justice contractuelle, ce qui apparaît d'une manière particulièrement nette dans les domaines du droit du bail et du travail, de la protection des consommateurs ou des conditions générales des contrats" (ATF 123 III 292 c. 2e.aa, JdT 1998 I 586, 592).

29 MAZEAUD / CHABAS, *supra* note 14, N° 280 ; TERRE / SIMMLER / LEQUETTE, *supra* note 23, N° 359 ss, 370 ss.

30 Voir *infra*, II.C et D.

31 Même pour les juristes français : MAZEAUD / CHABAS, *supra* note 14, N° 281.

de l'interdiction de la lésion³² ou de l'erreur³³ ; les problèmes relatifs à la licéité et à la moralité de la cause traduisent les limites imposées par l'ordre juridique aux conventions des parties³⁴. Quant à l'Avant-projet, il traite des hypothèses de fait liées à l'absence de cause par les dispositions sur l'impossibilité initiale d'exécution, les vices du consentement, l'avantage excessif, les omissions, la fixation ou l'inexécution des obligations³⁵. Les hypothèses d'illicéité et d'immoralité de la cause sont traitées comme des cas d'invalidité pour illicéité³⁶.

4. Un regard extérieur sur les problèmes appréhendés par la *consideration*

Dans un contrat bilatéral, l'engagement respectif de chacune des parties constitue la *consideration* pour l'engagement de l'autre. La *consideration* est donc la contrepartie promise par celui qui bénéficie de la promesse de l'autre. En revanche, lorsque la promesse d'une partie (le *promisor*, celui qui promet) à l'égard de l'autre (le *promisee*, qui bénéficie de la promesse) paraît gratuite, il faut s'assurer que cette promesse repose sur une *consideration* émanant du *promisee*. La *doctrine of consideration* sert à vérifier qu'un accord présente un caractère de mutualité³⁷. La donation (*gift*) n'étant pas une espèce de contrat spécial comme en droit civil, mais un transfert assujéti aux règles de la *law of property* (droit des biens), l'on comprend mieux pourquoi la *common law* réserve les règles sur les contrats aux échanges onéreux³⁸.

Il découle de ce qui précède que seuls les *bargains*, les opérations d'échange, sont sanctionnés par les systèmes de *common law* dont la conception des contrats est fondamentalement commerciale³⁹. Une promesse n'a d'effet obligatoire que si elle repose sur une *consideration* ou est faite sous forme de *deed*. Cette exigence est expliquée par la nécessité de poser certaines limites à l'effet obligatoire des accords, même lorsque les parties

32 *Ibid.*, N° 276.

33 *Ibid.*, N° 277, 279.

34 *Ibid.*, N° 280 s.

35 Marcel FONTAINE, *Note explicative à l'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats*, *supra* note (*), N° 46.

36 *Ibid.*

37 TREITEL, *supra* note 7, N°s 3-001 ss ; CHITTY ON CONTRACTS, *supra* note 7, N°s 3-001 ss.

38 DAVID / PUGSLEY, *supra* note 2, N°s 158-159.

39 E. Allan FARNSWORTH, *Contracts*, 3^e éd., Aspen (1998), §1.2, 1.7, §2.2 ss.

entendent se lier juridiquement et même si leur consentement n'est pas affecté d'un vice tel que l'erreur, le dol, la contrainte ou l'illégalité⁴⁰.

Selon l'une des définitions courantes de la *consideration*, celle-ci réside dans l'avantage retiré par le *promissor* ou le détriment résultant de l'accord pour le *promisee*⁴¹. Curieusement, le montant de la contrepartie promise est sans importance, puisqu'il suffit d'un *peppercorn*, le mythique grain de poivre, promis à titre d'échange pour que l'effet obligatoire du contrat soit admis⁴². L'approche paraît très formaliste. Elle l'est plus encore lorsque l'on considère les promesses faites à titre gratuit qui engagent leur auteur si elles prennent la forme d'un *deed*, exigence qui paraît relever de la forme (le sceau) comme condition nécessaire de validité⁴³. La forme écrite a d'ailleurs, jusqu'à un certain point, remplacé l'exigence d'une *consideration* en droit américain⁴⁴.

Outre le problème posé par les promesses à titre gratuit, l'absence de contrepartie empêche qu'un effet obligatoire soit attribué à l'offre de conclure un contrat⁴⁵. A titre de comparaison, le droit suisse et nombre d'instruments internationaux construisent l'offre comme un acte juridique unilatéral qui lie l'offrant, même s'il est révocable à certaines conditions⁴⁶. Il est vrai que la différence d'approche est sans grandes conséquences pratiques. L'exigence d'une *consideration* fait également obstacle au caractère obligatoire de la modification convenue d'un contrat existant⁴⁷, du moins lorsque la modification ne bénéficie qu'à une des parties. Si la modification bénéficie aux deux parties, sa validité n'est pas mise en doute. Ainsi, la modification qui consiste dans une augmentation du prix en échange d'une prestation inchangée pose

40 CHITTY ON CONTRACTS, *supra* note 7, N° 3-001.

41 TREITEL, *supra* note 7, N°s 3-004 ss.

42 FARNSWORTH ON CONTRACTS, *supra* note 39, §2.11 ; TREITEL, *supra* note 7, N° 3-014.

43 Dans ce sens, ATIYA's *Introduction to the Law of Contract*, *supra* note 10, 128 s. Le droit suisse soumet la promesse de donner à la forme écrite, voire authentique si la donation a pour objet un immeuble ou un droit réel immobilier (art. 243(1) et (2) COS). Le § 518 BGG exige la forme authentique pour toute promesse de donner.

44 CHITTY ON CONTRACTS, *supra* note 7, N° 3-001 n. 5 ; FARNSWORTH ON CONTRACTS, *supra* note 39, §2.18.

45 FONTAINE, *supra* note 36, N° 48 ; ZWEIGERT / KÖTZ / WEIR, *supra* note 2, 79 ; DAVID / PUGSLEY, *supra* note 2, N° 103, N° 162.

46 Dans le même sens, CVIM 15-17, PU 2.1.3-2.1.5, PE 2.201-2.203, DCFR II.-4:202 (STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE / ACQUIS GROUP, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, European Law Publishers (2008)). Voir aussi la contribution de Jean-Michel JACQUET au présent volume.

47 CHITTY ON CONTRACTS, *supra* note 7, N°s 3-079 ss ; TREITEL, *supra* note 7, N°s 3-063 ss.

un problème de *consideration*. Selon la règle classique de la *common law*, une obligation existante ne peut constituer la *consideration* sur laquelle repose une nouvelle obligation ou concession faite par l'autre partie. Une augmentation du prix pour les mêmes biens ou services risque ainsi d'être vue comme un engagement gratuit sans validité contractuelle. Etant donné la fréquence de ce genre de modifications au cours de l'exécution d'un contrat commercial, l'incertitude quant à la validité de celles-ci est cause d'insécurité juridique. La pratique commerciale explique que les tribunaux anglais aient assoupli l'exigence de la *consideration* en cas de modification du prix en cours d'exécution du contrat⁴⁸. Le *Uniform Commercial Code* a fait de même⁴⁹. En droit suisse comme pour les instruments internationaux⁵⁰, le contrat se modifie comme il se conclut, par accord entre les parties. Autre difficulté, le contrat de garantie, ne comportant une obligation que pour l'une des parties, implique que soit construite une contrepartie promise par un tiers pour qu'on lui reconnaisse un effet obligatoire⁵¹. S'agissant du commerce international dont le financement intervient fréquemment par le biais de garanties bancaires, la difficulté doit trouver une solution. Derniers problèmes causés par l'exigence de la *consideration*, la validité de la remise de dette et celle de la transaction apparaissent douteuses⁵².

Le côté artificiel de la doctrine de la considération est relevé depuis fort longtemps par des auteurs anglais ou américains. TREITEL, par exemple, développe le concept de *invented consideration*⁵³ désignant les cas dans lesquels les juges, dans le but d'admettre l'effet obligatoire de certains contrats, sont obligés de construire artificiellement une contrepartie à un engagement dont la validité est mise en doute. Devant les critiques dont la doctrine de la *consideration* est l'objet, la *Law Commission* anglaise a entrepris des travaux

48 Voir *Williams v. Roffey Bros and Nicholas Ltd.*, [1991] 1 Q.B. 1 (C.A.).

49 UCC § 2-209(1) ; comp. Restatement of the Law, Second, Contracts, § 89. Voir aussi, en droit ghanéen, *Contracts Act*, 1960 (ACT 25), Sect. 8(2).

50 CVIM 29(1), PU 1.3, PECL 1:107.

51 Patrick ATIYAH, "The Binding Nature of Contractual Obligations", in : Donald Harris / Denis Tallon (Ed.), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, Clarendon, Oxford (1989), 22 s. Sur ce point, voir *Restatement of the Law, Second, Contracts*, § 88.

52 ZWEIGERT / KÖTZ / WEIR, *supra* note 2, 74 s. ; DAVID / PUGSLEY, *supra* note 2.

53 TREITEL, *supra* note 7, N° 3-009, constate que dans certains cas, l'invention de la *consideration* "may help to make the operation of the doctrine of consideration more acceptable". Patrick ATIYAH, *Essays on Contract*, Clarendon, Oxford (1986), 179, 182 s., considère que TREITEL – qui s'en défend – est l'inventeur de la notion de *consideration* inventée.

de réforme qui n'ont, pour l'heure, pas abouti ⁵⁴.

5. Un champ d'application différent

Les deux systèmes manifestent leur méfiance à l'égard des promesses sans contrepartie, considérant que la volonté des parties (*nudum pactum*) ne suffit pas pour qu'un effet obligatoire soit attaché à l'accord. Cela étant, cause et *consideration* se sont développées sur des terrains largement distincts.

Le souci de veiller, dans une certaine mesure, à l'équilibre des prestations a trouvé un fondement dans un glissement subjectif (d'ailleurs critiqué) de la notion de cause. La *consideration* ne joue pas ce rôle. Par ailleurs, le contrôle de la licéité de l'obligation ou du contrat se fonde en France sur la cause, alors qu'en Angleterre, *illegality* est un sujet en soi, traité sans référence à la *consideration* ⁵⁵. La modification du contrat ne pose pas de problème particulier en droit français, alors que l'écueil de la *consideration* est dangereux. Quant à la cause inexistante, visant à la protection d'intérêts particuliers, elle ne trouve pas son pendant dans le *lack of consideration*, mais dans d'autres règles : celles sur la capacité, le consentement et l'équilibre des prestations (erreur, dol, contrainte, avantage excessif ⁵⁶ ; *mistake*, *misrepresentation*, *duress and undue influence*), sur la forme et sur les conditions abusives (*unfair terms*).

Point commun entre les deux concepts, ils font l'objet de vives critiques dans leur propre rang. De la notion de cause, on a pu dire qu'"elle est subtile, plus encore que la plupart des autres règles, d'une subtilité parfois inutile qui tourne au verbalisme" ⁵⁷ ou encore que "la multiplication des théories doctrinales et l'originalité des applications jurisprudentielles semblent faire perdre à cette notion toute cohérence" ⁵⁸. Quant à la *consideration*, H. BEALE retient ce concept "obscur et, en pratique, d'une importance négligeable" comme premier candidat à la guillotine en cas de réforme du droit anglais des contrats ⁵⁹.

⁵⁴ Voir TREITEL, *supra* note 7, N^{os} 3-168 s. FARNSWORTH ON CONTRACTS, *supra* note 39, §2.18.

⁵⁵ Dans cette hypothèse, la *consideration* n'apparaît que sous l'angle de la *severance of consideration* pour le cas où un contrat est partiellement atteint d'*illegality* : TREITEL, *supra* note 7, Chap. 11, (p.) 529 ss.

⁵⁶ Seulement à titre exceptionnel en France, art. 1118 CCF.

⁵⁷ MALAURIE / AYNES / STOFFEL-MUNCK, *supra* note 23, N^o 603.

⁵⁸ Soraya Amrani MEKKI / Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, *Droit des contrats*, D. (2006), Pan. (p.) 2638 ss, 2641.

⁵⁹ Hugh BEALE, "La réforme du droit français des contrats et le 'Droit européen des

Pour P. ATIYAH⁶⁰, la *consideration* conserve certes des fonctions utiles, mais qui pourraient être mieux réalisées par d'autres doctrines. L'on ajoutera que, du point de vue d'un juriste étranger, la liste des possibilités d'application – dans l'un et l'autre système – est longue, difficile à comprendre et imprévisible, ce qui nuit incontestablement à la sécurité juridique.

En conclusion provisoire, il apparaît que ces concepts, non conciliables entre eux et peu compréhensibles pour les non-initiés, constituent de mauvais modèles pour une application généralisée.

6. Les tendances modernes

Depuis l'adoption de la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises* (CISG) en 1980, l'étoile de la cause et de la *consideration* a pâli. En effet, la deuxième partie consacrée à la formation du contrat (articles 14 à 24 CISG) se concentre sur l'échange d'une offre et d'une acceptation sans poser aucune condition supplémentaire de validité. L'offre n'est révocable que sous certaines conditions, ce qui signifie qu'elle lie l'offrant sans contrepartie (articles 15-17 CISG). La modification du contrat de vente est possible sur la base d'un accord des parties, à nouveau sans condition supplémentaire (article 29(1) CISG). C'est pourquoi, l'article 4(a) CISG, qui exclut de son champ d'application les questions de validité du contrat, devrait être interprété comme n'autorisant pas la loi nationale à réintroduire des conditions supplémentaires en relation avec les questions régies par la Convention, en particulier la formation du contrat⁶¹. D'approche semblable, les Principes d'UNIDROIT (1994/2004)⁶² et les Principes Européens (1995/2000/2003)⁶³ se

contrats' : perspective de la *Law Commission anglaise*, *Revue des Contrats* (2006), 135 ss, 143.

⁶⁰ ATIYAH's *Introduction to the Law of Contract*, *supra* note 10, 128, relève également le caractère non transparent de cette doctrine dont le but n'est pas évident (p. 109).

⁶¹ Dans ce sens, John O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales*, 3^e éd., Kluwer (1999), CISG 29 § 204, CISG 16 § 140 ; Peter SCHLECHTRIEM / Ingeborg SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on International Sale of Goods (CISG)*, 2^e éd., Oxford University Press (2005), CISG 11 N° 11, 16 N° 2, 29 N° 3. *Contra* : Vincent HEUZE, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, L.G.D.J., Paris (2000), N° 158 ; une décision américaine du 10 mai 2002, Federal District Court [New York] (*Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc.*) [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020510u1.html>] (site consulté le 17 mars 2008)], estime devoir examiner l'existence de la *consideration* sur la base de l'art. 4(b) CVIM (condition réalisée dans le cas particulier).

⁶² Michael Joachim BONELL, *An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 3^e éd., Transnational Publishers (2005), 113 s. et n. 66-67 ; PU 3.2 Comment. 1 et 2.

sont résolument écartés des modèles de la cause et de la *consideration*. L'avant-projet de Code européen des contrats élaboré par l'Académie des Privatistes Européens⁶⁴ (2001/2002) renonce à la condition de la cause (articles 1 et 2), alors même que ce projet prend pour modèle le Code civil italien. Dernier texte européen en date, le Projet européen de Cadre Commun de Référence (2008) prévoit, comme les autres instruments internationaux récents, la validité du contrat par le seul accord des parties⁶⁵.

Quant aux codifications nationales récentes, le Code civil néerlandais (1992)⁶⁶ et le BGB allemand réformé en 2002⁶⁷ ne contiennent aucune référence à ces notions, pas plus que le Code civil chinois (1999)⁶⁸ ou le Code civil du Vietnam (1995)⁶⁹, pourtant d'inspiration française. Le Code suisse des obligations de 1911, nous l'avons vu plus haut⁷⁰, n'en fait pas non plus une condition de validité du contrat. Les Codes civils qui, à l'instar du Code civil français, conservent la notion de cause n'y attachent cependant pas la même importance que la jurisprudence et la doctrine françaises : Belgique, Espagne (article 1.261(3)), Portugal, Italie (articles 1325(2), 1343, 1428), Québec (articles 1371, 1385(2), 1410, 1411).

En revanche, l'Avant-projet Catala (2005) conserve et développe la notion de cause. Celle-ci trouve, au sein même de la doctrine française, de fervents adeptes⁷¹ tout comme nombre de détracteurs "qui stigmatisent la complexité

63 PECL 2:101 Comment. D et Note 3.

64 Les textes et les références aux publications de l'Académie sont disponibles à l'adresse suivante : <<http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it/>> (site consulté le 17 mars 2008).

65 Voir *supra* note 46 ; DCFR II.-1:103 (*Binding effect*) : (1) *A valid contract is binding on the parties.* (2) *A valid unilateral promise or undertaking is binding on the person giving it if it is intended to be legally binding without acceptance.* (3) *This Article does not prevent modification or termination of any resulting right or obligation by agreement between the debtor and creditor or as provided by law.*

DCFR II.-4:101 (*Requirements for the conclusion of a contract*) : *A contract is concluded, without any further requirement, if the parties : (a) intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect ; and (b) reach a sufficient agreement.*

Voir par ailleurs, la contribution d'Eleanor CASHIN RITAINE au présent volume.

66 Wendy M. SCHRAMA, in : Harriët Schelhaas et al., *The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A Commentary*, Kluwer, La Haye / Londres / New York (2002), 77 ss.

67 §§ 311, 145-157 BGB.

68 A ce sujet, voir la contribution de ZHANG Shaohui au présent volume.

69 Art. 285-287, 401, 404 CCV.

70 Cf. *supra*, I A 1.

71 L'on songe ici aux formidables 944 pages de Jacques GHESTIN (*Cause de l'engagement*

de cette notion impossible à maîtriser et submergée 'aujourd'hui par des tonnes de doctrine contradictoire et des quintaux de jurisprudence incertaine' " 72.

La tendance moderne montre qu'aucune des deux doctrines ne l'emporte sur l'autre. Alors que la *consideration* se maintient dans les systèmes de *common law* avec toutefois des restrictions et des hésitations, la cause reste bien vivante en France 73 et dans les pays africains 74, mais connaît un déclin certain dans d'autres droits qui y étaient traditionnellement attachés. Choisir entre la cause et la *consideration* est impossible, les combiner impensable. Elles n'ont pas la même origine, ne poursuivent pas les mêmes buts et apportent leur solution propre à des problèmes différents. C'est pourquoi, le double renoncement consacré par l'Avant-projet, favorable à la sécurité juridique, mérite pleine approbation.

II. – QUELQUES CAS RESOLUS SELON LES REGLES DE L'AVANT-PROJET

Le propos de cette deuxième partie est de confronter quelques problèmes traditionnellement résolus par le recours à la cause ou la *consideration*, aux solutions prévues par l'Avant-projet, une manière de faire subir à celui-ci l'épreuve du feu. C'est ainsi que je me suis inspirée de décisions françaises et anglaises ayant nié la validité d'un contrat ou d'une clause en raison d'un vice de la cause ou d'un *lack of consideration*. Cette recherche (laborieuse) n'a pas apporté la moisson abondante d'exemples attendue. Le paradoxe est à la fois frappant et commun aux deux systèmes juridiques. La cause et la *consideration* ne jouent qu'un rôle assez modeste dans le domaine des contrats commerciaux, un rôle inversement proportionnel à l'ampleur et à l'âpreté de la discussion 75. Les décisions retenues ont été réduites à de brèves hypo-

et validité du contrat, L.G.D.J., Paris (2006)) ; voir, par ailleurs, le soutien nuancé apporté par Bertrand FAGES, "Autour de l'objet et de la cause", *Revue des Contrats* (2006), 37 ss, 40 ss.

72 Philippe REMY, "Réviser le titre III du livre troisième du Code civil ?", *Revue des Contrats* (2004), 182, cité par Denis MAZEAUD, "Observations conclusives", *Revue des Contrats* (2006), 147 ss, 187, qui classe le maintien de la cause parmi les étrangetés regrettables de l'Avant-projet Catala (N° 16) ; FAUVARQUE-COSSON, *supra* note 1, 152 ss, s'exprime contre le maintien de la cause.

73 Où l'on parle de "renouveau" (GUEGUEN, *supra* note 26 ; Cass. com., 5 juin 2007, note MAZEAUD, *Revue des Contrats* (2007), 1121) et de "rénovation" de la cause (Cass. com., 13 février 2007, note MAZEAUD, *Revue des Contrats* (2007), 707).

74 Les participants au Colloque de Ouagadougou ont montré leur attachement à la cause lors des débats.

75 Pour le droit français : p. ex., CAPITANT / TERRE / LEQUETTE, *supra* note 19, 81. Pour le droit anglais, ATIYAH, *supra* note 51, 21. Pour le droit américain, FARNSWORTH ON CONTRACTS, *supra* note 39, §2.4, (p.) 50. Voir aussi les conclusions de Pierre MEYER dans le présent volume.

thèses de fait, qui seront examinées à la lumière de l'Avant-projet. Le but de cet examen est de vérifier s'il est vrai que "cette suppression [la suppression de la cause] produirait sans doute peu d'effets ; le droit parviendrait aux mêmes résultats avec des moyens différents : consentement, objet, bonne foi, loyauté, etc." ⁷⁶ et que "a strong argument can be made that most, if not all, of these functions would be better served by other legal doctrines" ⁷⁷.

A. CHRONOPOST ⁷⁸

Le 31 décembre, la société Dubosc et Landowski (société Dubosc) confie à la société Chronopost un pli destiné à la ville de Vendôme, contenant son dossier de candidature à un concours d'architectes. Le dossier, qui aurait dû parvenir au jury avant le 4 janvier, est livré le lendemain. La société Dubosc, dont la candidature n'a pu de ce fait être examinée, assigne la société Chronopost en réparation de son préjudice (chances perdues). Cette dernière invoque une clause contractuelle (ne figurant pas dans un contrat-type établi par décret) limitant l'indemnité pour le retard au prix du transport.

Cette saga française mettant en cause un "maître du temps" ⁷⁹, Chronopost, a pour objet la validité d'une clause limitant l'indemnisation pour le retard au prix du transport acquitté. Le prix du transport est assurément inférieur au préjudice de la société empêchée de participer à un concours d'architectes du fait que le pli dont le transport a été confié à Chronopost est arrivé avec un jour de retard, soit après la fin du délai de dépôt des candidatures. *A priori*, le juriste étranger voit mal quelle pourrait être la relation avec la cause. Dans un arrêt de 1999, la Cour d'appel de Caen, en tant que cour de renvoi, avait retenu que la clause litigieuse faisait "perdre toute portée et toute valeur à l'obligation essentielle du transporteur, anéantissant par là même la cause de l'engagement de l'expéditeur" ⁸⁰. Le problème est examiné dans une série d'arrêts de la Cour de cassation qui ont suscité des flots de commentaires ⁸¹ montrant que la motivation de la Cour de cassation

⁷⁶ MALAURIE / AYNES / STOFFEL-MUNCK, *supra* note 23, N° 617.

⁷⁷ ATIYAH's *Introduction to the Law of Contract*, *supra* note 10, 128.

⁷⁸ Faits tirés de : Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, Bull. ch. mixte, n° 3 et 4 ; voir aussi not., Cass. com., 22 oct. 1996, Bull. civ. IV, n° 261 (premier arrêt Chronopost) ; Cass. com., 9 juill. 2002, Bull. civ. IV, n° 121 ; Cass. com., 30 mai 2006, n° 04-14.974, D. (2006), Jur. (p.) 2288.

⁷⁹ D. 2006, Jur. (p.) 2288, note MAZEAUD ; TERRE / SIMMLER / LEQUETTE, *supra* note 23, 351 s. N° 342, (p.) 604 s. N° 611 n. 2.

⁸⁰ Cité par Geneviève VINEY, *Chronique*, JCP I (2000) 199, 72.

⁸¹ Voir, p. ex., AMRANI MEKKI / FAUVARQUE-COSSON, *supra* note 58, 2646 s. ; D. (2006), AJ

est loin de faire l'unanimité⁸². Cette décision suscite des doutes sur le rôle d'un juge qui remet en cause la loi des parties en se livrant à une véritable "police judiciaire des contrats"⁸³ ; la brèche ainsi apportée à la liberté contractuelle est manifeste.

L'Avant-projet consacre une règle aux clauses limitatives ou exclusives de responsabilité pour inexécution dans les dispositions générales sur l'inexécution. Ces clauses sont en principe valables en application du principe de la liberté contractuelle (article 1/1 AP). Des limites sont cependant fixées par l'article 7/6 AP selon lequel une partie ne peut pas se prévaloir d'une telle clause si, "eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire"⁸⁴. La clause restreignant l'indemnisation des clients de *Chronopost* au prix du transport est limitative de la responsabilité découlant de la livraison du pli avec retard, donc soumise aux limites fixées par l'article 7/6 AP. Le but du contrat étant l'acheminement rapide et sûr des plis, la question est de savoir s'il serait "manifestement inéquitable" de permettre à *Chronopost* de se prévaloir de la clause limitative.

La détermination de ce qui est "manifestement inéquitable" laisse une marge d'appréciation certaine au tribunal. Le commentaire des Principes d'UNIDROIT⁸⁵ précise les critères d'appréciation en invitant le tribunal à tenir compte du but du contrat et des attentes légitimes des parties. Il fait une distinction entre la clause intrinsèquement inéquitable, conduisant à un déséquilibre manifeste entre les prestations, et la clause qui n'est pas inéquitable par elle-même, mais dont l'application pourrait l'être selon les circonstances⁸⁶. Exemple de la première hypothèse : est inéquitable par elle-même une clause excluant toute responsabilité de l'expert-comptable chargé de préparer des comptes pour les conséquences d'une inexactitude dans l'exécution du service. Exemple de la seconde hypothèse : un contrat portant sur la surveillance de locaux contient une clause limitative de la responsabilité de la partie chargée de cette surveillance ; un vol est commis pour un montant

(p.) 1599, obs. X. DELPECH ; D. (2006), Jur. (p.) 2288, note Mazeaud.

⁸² Très critiques : COHEN, II JCP 1997, (p.) 337 ; SERIAUX, D. (1997), 123 ; LARROUMET, D. (1997), 146 s. ; CAPITANT / TERRE / LEQUETTE, *supra* note 19, 86. Plus positif : MAZEAUD, D. (2006), (p.) 2228 ss.

⁸³ A. SERIAUX, D. (1997), 123.

⁸⁴ Voir l'art. 7.1.6 PU ; comp. art. 8:109 PECL : "Les moyens accordés en cas d'inexécution peuvent être exclus ou limités à moins que ce ne soit contraire aux exigences de la bonne foi".

⁸⁵ PU 7.1.6 Comment. 5.

⁸⁶ Comp. PECL 8:109 Comment. C et D.

dépasant la limite convenue ; la clause limitative qui, en tant que telle, n'est pas inéquitable, le devient si le vol est le fait du préposé chargé de la surveillance.

L'on ne peut pas considérer la limitation de l'indemnité au prix du transport comme étant intrinsèquement inéquitable, sauf à interdire complètement⁸⁷ toute clause limitative de ce type, une clause pourtant prévue par un contrat-type imposé par voie réglementaire aux transporteurs⁸⁸. En revanche, l'invocation de la clause pourrait devenir inéquitable, selon les motifs du retard dans la livraison du pli. Il en irait ainsi, par exemple, si *Chronopost* prenait la décision de diminuer de moitié le personnel déjà surchargé sans revoir à la baisse ses promesses quant aux délais de livraison. Cela reviendrait à reporter sur le client la charge de la preuve des motifs de l'inexécution⁸⁹. La répartition du fardeau de la preuve correspond à une technique éprouvée par la pratique commerciale internationale⁹⁰, qui n'est pas – en tant que telle – inéquitable. On voit par là que selon l'aune à laquelle est mesuré le caractère inéquitable de la clause *Chronopost* dans un cas concret⁹¹, celle-ci pourra être invoquée ou non à l'encontre du client.

Les clauses limitatives de responsabilité, pour courantes qu'elles soient dans la pratique commerciale internationale⁹², ont un caractère choquant du fait qu'elles trouvent précisément application lorsqu'une partie subit un dommage imputable à l'autre partie. Nonobstant cette indignation compréhensible⁹³, il paraît raisonnable que l'entreprise de transport procède à un calcul de ses tarifs en fonction, notamment, des frais d'acheminement des plis

⁸⁷ Un obstacle absolu à toute limitation de responsabilité peut se concevoir s'agissant de la responsabilité en cas de mort ou de dommage corporel : cf. Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, Annexe énumérant les clauses visées à l'art. 3 par. 3, 1.a. ; transposition en droit français par l'Art. L. 132-1 (L. n° 93-949 du 26 juill. 1993), Annexe 1.b.

⁸⁸ GUEGUEN, *supra* note 26, 354.

⁸⁹ Comme l'a fait remarquer une participante au Colloque.

⁹⁰ Marcel FONTAINE / Filip DE LY, *Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses*, 2^e éd., Bruylant, FEC (2003), 383 ss, 399 s.

⁹¹ Un participant aux débats lors du Colloque de Ouagadougou a regretté le caractère trop subjectif du critère rendu par les mots "manifestement inéquitable".

⁹² FONTAINE / DE LY, *supra* note 90, 383 ss : en p. 403 et 404 figurent des exemples de limitation de la responsabilité au montant du prix ou des honoraires convenus ; Christine CHAPPUIS, "Les clauses fixant l'étendue de la responsabilité du débiteur", in : *Les grandes clauses des contrats internationaux*, Bruylant, FEC (2005), 61 ss, exemple 14 en p. 66.

⁹³ Indignation manifestée par certains intervenants lors du Colloque de Ouagadougou.

et colis⁹⁴. Si cette entreprise doit compter avec l'indemnisation de clients pour toutes sortes de dommages causés par un retard dans l'acheminement, ses tarifs en seront nécessairement augmentés pour l'ensemble de la clientèle. Une limitation de responsabilité n'est donc pas d'emblée déraisonnable dans une optique de calcul des coûts, risques et bénéfices. Le problème est bien plutôt celui posé par les contrats d'adhésion. Si le fondement de la validité des clauses limitatives de responsabilité est à trouver dans l'accord des parties, l'ordre juridique doit s'assurer que cet accord soit à la fois libre et éclairé, ce qui n'est pas le cas lorsque l'une des parties se soumet aux clauses établies à l'avance par l'autre partie sans possibilité de négociation (article 2/19(2) AP). La question à résoudre ici est celle de la protection du consommateur, voire du "professionnel-consommateur" contre des clauses abusives. Outre la règle de l'article 7/6 AP spécialement consacrée aux clauses exonératoires inéquitable, l'article 2/20 AP permet de considérer comme non écrite une clause-type à laquelle l'autre partie ne pouvait pas s'attendre, sauf si celle-ci y consent expressément. On peut toutefois douter que la clause limitative en question soit véritablement inhabituelle⁹⁵ en ce sens qu'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances que la société *Dubosc* ne pouvait pas s'attendre à la voir figurer dans le contrat. Plus protecteur à cet égard, l'article 2:104(1) PECL rend inopposable toute clause non négociée individuellement sur laquelle l'attention de la partie n'a pas été attirée, indépendamment de la qualité de consommateur. La mention dans un document écrit, même signé, n'est pas suffisante à cet égard (article 2:104(2) PECL)⁹⁶. La disposition est intéressante notamment parce que son application ne dépend pas de la qualité de consommateur ou de non professionnel de la partie protégée. La situation professionnelle du partenaire peut cependant entrer en ligne de compte dans la détermination des mesures raisonnables propres à attirer l'attention du partenaire sur la clause en question.

Si le recours à la cause peut être compris comme un moyen de contourner "l'inexistence d'une théorie des clauses abusives dans les relations professionnelles"⁹⁷, il présente le défaut de compliquer le débat en occultant

⁹⁴ Cass, com., 22 octobre 1996, note A. SERIAUX, D. (1997), 123.

⁹⁵ Voir PU 2.1.20 Comment. 2 ; le caractère inhabituel peut aussi résulter du langage employé ou de la présentation de la clause : PU 2.1.20 Comment. 3.

⁹⁶ Voir aussi, l'art. 4.110 PECL sur l'invalidité des clauses abusives et Comment. B qui reproduit l'annexe à la Directive sur les clauses abusives (*supra* note 87) à titre de source d'inspiration pour le tribunal.

⁹⁷ MALAURIE / AYNES / STOFFEL-MUNCK, *supra* note 23, N^{os} 623, 745 et p. 363, sur

les véritables problèmes, plutôt qu'il ne le simplifie. Il est intéressant de noter à cet égard que l'examen de la validité de telles clauses en droit belge ne se fonde nullement sur la cause. Partant du caractère supplétif des textes légaux concernant la responsabilité contractuelle, le tribunal s'assure tout d'abord que l'accord des parties porte sur la clause, puis il l'interprète avant de passer à l'examen des exceptions (ordre public et dispositions impératives, dol du débiteur, contrat vidé de sa substance)⁹⁸. Le débat doit être replacé sur son terrain naturel, celui d'une "manifestation banale"⁹⁹ de la faculté reconnue aux parties d'écarter les règles supplétives sur l'inexécution, compte tenu du fait que la clause n'est pas négociée, mais contenue dans un contrat d'adhésion. L'Avant-projet, les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens montrent que c'est dans ce cadre qu'une solution satisfaisante peut être élaborée.

B. ABSENCE D'UTILITE DE L'OPERATION CONTRACTUELLE ¹⁰⁰

Un particulier acquiert auprès de la Société SAGEP divers lots d'un immeuble en copropriété à rénover. L'objectif de l'acheteur, connu du vendeur, est de bénéficier de la loi Malraux pour réaliser une opération de défiscalisation. Cette loi étant inapplicable en l'espèce, l'acheteur subit différents redressements fiscaux et demande l'annulation de la vente pour erreur.

Une décision du 13 février 2001 de la Cour de cassation de France retient qu'une erreur sur un motif extérieur à l'objet du contrat – la recherche d'avantages fiscaux – ne peut entraîner l'annulation du contrat pour défaut de cause, même si ce motif est déterminant pour une partie et connu de l'autre, à moins qu'il ne soit érigé en condition du contrat et entre ainsi dans le champ contractuel. Cette décision a été saluée comme étant d'un "grand classicisme"¹⁰¹. Malgré le glissement observé vers une subjectivisation (déstabilisante) de la cause, conduisant à une analyse concrète de l'utilité et de

l'extension souhaitée par certains auteurs de la protection des clauses abusives aux contrats conclus entre professionnels, contrairement à la jurisprudence restrictive de la Cour de cassation (p. 363, n. 43) ; voir aussi, Suzanne CARVAL, "Clause limitative de responsabilité et manquement à l'obligation essentielle, Cass. com., 5 juin 2007", *Revue des contrats* (2007), 1144 ss.

⁹⁸ Sophie STIJNS / Dirk VAN GERVEN / Patrick WERY, "Chronique de jurisprudence, Les obligations : les sources (1985-1995)", *Journal des tribunaux* (1996), 689 N^{os} 121 ss.

⁹⁹ Cass. com., 13 février 2007, note CARVAL, *Revue des Contrats* (2007), 747.

¹⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ., 13 févr. 2001, *Bull. civ. I*, n^o 31.

¹⁰¹ J. MESTRE / B. FAGES, *RTD civ.* (2001), 352. A noter une décision, en sens contraire, prononçant la nullité d'un contrat de location de vidéocassettes pour défaut de cause (Civ. 1^{ère} 3 juill. 1996, D. (1997), 500, note REIGNE) : voir note suivante.

l'équilibre de l'opération contractuelle¹⁰², la Cour de cassation ne cède pas et refuse l'annulation pour le motif invoqué. La proximité entre l'erreur et une notion de cause trop subjective rend délicate la distinction entre l'une et l'autre. La réponse apportée par la Cour de cassation paraît peu discutable.

Dans la mesure où le contrat tire sa validité de l'accord des parties, il est essentiel que cet accord ne soit pas vicié. Le principe de la force obligatoire du contrat (article 1/4 AP) s'oppose toutefois à une remise en cause du contrat au bon vouloir d'une partie. Pour ce motif, les articles 3/4 et 3/5 AP posent les conditions dans lesquelles une erreur peut conduire à l'annulation du contrat (cas de nullité relative : article 3/4 ss AP). Ces conditions réalisent une balance entre les intérêts des deux parties, celle qui se trompe et l'autre partie.

L'acheteur des lots croyait pouvoir réaliser une opération de défiscalisation sur la base de la loi Malraux, qui n'était en réalité pas applicable. Il avait développé, au moment de la conclusion du contrat, une fausse croyance relative au droit, ce qui correspond à la définition de l'erreur selon l'article 3/4 AP. Toutefois, pour que cette erreur puisse conduire à l'annulation, l'article 3/5(1) AP pose des conditions relatives à celui qui se trompe et des conditions relatives à l'autre partie. Premièrement, l'erreur doit être suffisamment importante pour qu'une personne raisonnable qui aurait eu connaissance de la situation véritable ne se soit pas engagée (ou ne l'ait fait qu'à des conditions substantiellement différentes). L'on peut admettre qu'un acheteur raisonnable visant une économie fiscale n'aurait pas acheté les lots s'il avait su que la loi permettant la défiscalisation ne lui était pas applicable.

La réalisation des conditions relatives à l'autre partie est plus délicate. L'une des situations alternatives suivantes doit être réalisée : i) l'autre partie a commis la même erreur, ii) elle est à l'origine de l'erreur, iii) elle a connu ou dû connaître l'erreur et il était contraire aux exigences de la bonne foi en matière commerciale de laisser la victime dans l'erreur, iv) elle n'agit pas raisonnablement en exigeant l'exécution du contrat. Le point commun entre ces hypothèses est que l'autre partie ne mérite pas protection parce qu'elle est impliquée dans l'erreur commise par la victime ou n'agit pas raisonnablement. Dans le cas présent, il faut se demander si la société venderesse croyait

¹⁰² TERRE / SIMLER / LEQUETTE, *supra* note 23, N° 342, p. 352 s., observent ce glissement dans une décision confirmée par la Cour de cassation selon laquelle des particuliers, qui avaient loué 200 vidéocassettes en vue de la création d'un vidéo-club pour une durée de 8 mois, avaient victorieusement opposé la nullité du contrat pour défaut de cause à la demande en paiement du loyer au motif que l'exécution du contrat telle que voulue par les parties était impossible faute de clients ; voir aussi, Obs. ROCHFELD, IJCP (2001), 330.

également que la loi Malraux s'appliquait à l'acheteur ou si elle aurait dû savoir que tel n'était pas le cas et en avertir l'acheteur. Or, il appartient à un acheteur raisonnable de clarifier sa propre situation juridique qui commande son intérêt à conclure le contrat en cause. Même si la société venderesse connaissait les raisons pour l'acheteur de procéder à cette opération, la bonne foi en matière commerciale n'exigeait pas que le vendeur vérifiât la situation juridique de l'acheteur à la place de ce dernier. Les conditions tenant à l'autre partie ne sont ici pas réalisées.

Par ailleurs, dernier élément porteur de sécurité juridique, l'article 3/5(2) AP exclut l'annulation pour des motifs tenant à la victime, ainsi lorsque l'erreur découle de la faute lourde de la partie dans l'erreur ou que le risque d'erreur a été assumé par la victime. Cette dernière hypothèse est réalisée lorsque la victime de l'erreur est consciente de ne pas conclure le contrat en toute connaissance de cause¹⁰³. Dans le cas présent, il appartenait à l'acquéreur, non au vendeur, de vérifier au préalable la situation juridique sur le plan fiscal. La bonne foi n'exigeait pas ici que le vendeur devînt le gardien de l'acheteur en matière fiscale. Si réellement l'acquéreur des lots avait voulu faire entrer son objectif de défiscalisation dans le contrat, il avait la possibilité de convenir d'une condition suspensive¹⁰⁴ avec la société venderesse (article 10/1-6 AP).

La solution est la même que celle à laquelle parvient la Cour de cassation, mais sans faire un détour inutile et dangereux par la cause. En soumettant l'invocation d'une erreur à des conditions strictes, l'Avant-projet apporte une solution raisonnable au problème du motif erroné sans risquer un glissement déstabilisant en direction de la cause subjective.

C. EFFETS CIVILS D'UN ACTE DE CORRUPTION¹⁰⁵

Un contrat d'une durée de cinq ans est conclu entre la Ville de Zurich (Suisse) et une Société spécialisée dans l'évacuation de boues d'épuration. Il est convenu que la Société doit prendre en charge les boues d'épuration asséchées, les transporter à Orange (France) et les y faire transformer en compost. De son côté, la

¹⁰³ Voir la règle similaire de PECL 4:103, Comment. J et exemple 9 ; PU 3.5 Comment. 3.

¹⁰⁴ Possibilité évoquée par MESTRE / FAGES, *supra* note 101, 353.

¹⁰⁵ Etat de fait tiré d'une décision du Tribunal fédéral suisse : ATF 129 III 320, JdT 2003 I 331, SJ 2004 I 33. Sur l'ensemble de la question, voir le récent article de Hilmar RAESCHKE-KESSLER, avec la collab. de Dorothee GOTTWALD, "Corruption in Foreign Investment – Contracts and Dispute Settlement between Investors, States and Agents", *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 9, N° 1 (Feb. 2008), 5-33.

Ville de Zurich doit livrer une quantité annuelle minimale de boues et verser une rétribution par tonne évacuée. Une procédure pénale a révélé que la Société avait versé une somme de 200.000 euros à un fonctionnaire de la Ville de Zurich pour obtenir le marché. La Ville de Zurich entend obtenir l'annulation du contrat.

Afin de déterminer les conséquences civiles d'un acte de corruption, il convient de distinguer, d'une part, le contrat conclu entre la partie corruptrice (la Société) et la partie corrompue (le fonctionnaire), de l'autre, le contrat conclu entre la partie corruptrice et la victime (Ville de Zurich). Par commodité, l'on adoptera les termes de "contrat de corruption"¹⁰⁶ pour désigner le premier contrat et de "contrat subséquent" pour le second.

Le droit suisse, applicable dans la présente affaire, frappe de nullité le contrat dont l'objet est illicite¹⁰⁷ ou contraire aux mœurs (article 20(1) COS). La nullité du contrat de corruption semble aller de soi en raison de l'illicéité du contenu d'un tel contrat (article 20(1) CO)¹⁰⁸, pour autant du moins que l'acte de corruption soit couvert par une norme pénale (ou interdisant les actes de concurrence déloyale)¹⁰⁹. Depuis la révision du droit pénal suisse de la corruption en 1999¹¹⁰, le cercle des comportements incriminés (article 322^{ter} à 322^{octies} CPS) a notamment été étendu à la corruption d'agents publics étrangers. En l'absence d'une loi écrite ou lorsque les conditions d'une loi

¹⁰⁶ Défini comme le contrat (ou la clause) dont l'objet est un acte de corruption sur le modèle de l'art. 8(1) de la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe (*cf. infra* note 117).

¹⁰⁷ La contrariété à l'ordre public, mentionnée par l'art. 19(2) COS, est assimilée à l'illicéité.

¹⁰⁸ ATF 119 II 380 c. 4b (*obiter dictum*). Cette question n'est pas tranchée par l'ATF 129 III 320, JdT 2003 I 331, SJ 2004 I 33 (*cité supra* note 105).

¹⁰⁹ Pierre TERCIER, "La corruption et le droit des contrats", *Semaine Judiciaire* (1999) II 225, 243 ss.

¹¹⁰ Le projet de révision avait pour objectif de remédier aux insuffisances du droit en vigueur en matière de lutte contre la corruption et de créer les conditions nécessaires à l'adhésion de la Suisse à la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (adoptée le 21 novembre 1997). Les articles du code pénal suisse réprimant la corruption ont été regroupés dans un titre distinct et soumis à une révision approfondie. De nouvelles infractions ont été introduites pour réprimer, sur le même modèle, la corruption d'agents publics nationaux et étrangers, ainsi que la corruption dans le secteur privé. Sur l'ensemble de la question, voir le Message du Conseil fédéral suisse du 19 avril 1999, FF 1999 5045, 5046 ss [<http://www.admin.ch/ch/f/ff/1999/5045.pdf>] (site consulté le 19 fév. 2008)].

existante ne sont pas réalisées, l'immoralité¹¹¹ prend le relais de l'illicéité. Ainsi, avant l'extension des comportements pénalement réprimés, la contrariété aux bonnes mœurs pouvait conduire à la nullité du contrat de corruption (article 20(1) CO)¹¹². Quant au contrat subséquent, le Tribunal fédéral admet, dans la présente affaire, qu'il n'est pas nul de plein droit, mais peut être annulé pour erreur essentielle sur les motifs (voire dol) par la Ville de Zurich dont le consentement était vicié du fait de l'acte de corruption. L'annulation du contrat ne produit toutefois ses effets que pour le futur. Cela signifie que Ville de Zurich était tenue payer pour les quantités de boue effectivement retraitées, ce qu'elle refusait.

Dans le cadre de l'Avant-projet, le contrat de corruption doit être examiné en relation avec l'article 3/1 AP, le contrat subséquent en relation avec les articles 3/1, 3/5 (év. 3/8) AP.

1. Validité du contrat "de corruption"

La validité du contrat de corruption peut être remise en cause pour l'un des trois motifs énoncés à l'article 3/1 AP¹¹³. Selon cette règle, proche de l'article 1133 CCF, est illicite le contrat ou la clause qui est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (ii), ou à une disposition impérative de la loi sauf si celle-ci en dispose autrement (i).

(i) Contrariété à une disposition impérative de la loi (article 3/1(b) AP)

Les dispositions impératives de la "loi" sont d'abord celles contenues par les textes adoptés par l'OHADA, ensuite celles de la loi de l'Etat Membre, par ailleurs applicables. Ces dispositions impératives ne sont pas uniquement contenues dans les textes relatifs au droit des contrats, mais sont susceptibles de se trouver dans une variété d'autres textes non nécessairement unifiés par l'OHADA. Sont notamment des dispositions impératives celles qui prévoient

¹¹¹ Les contours de la notion d'immoralité en droit suisse sont flous, variables dans le temps et dans l'espace ; le critère généralement admis est celui de la "moralité courante, du sentiment général des convenances ainsi que des principes et jugements de valeur qu'implique l'ordre juridique considéré dans son ensemble" (TERCIER, *supra* note 109, 245).

¹¹² TERCIER, *supra* note 109, 245 ss.

¹¹³ Les Principes d'UNIDROIT ne comportent pas encore de règle sur l'illicéité, mais ce sujet est inclus dans la liste actuellement examinée par le Groupe de travail chargé d'élaborer une troisième édition des Principes. En revanche, le Chapitre 15 de la IIIe partie des PECL (2003) consacre cinq dispositions à l'illicéité et ses conséquences (art. 15.101-15.105 PECL).

la nullité des clauses contraires¹¹⁴. La dernière partie de l'article 3/1(b) AP donne une certaine souplesse à la sanction de la contrariété à une disposition impérative. En l'absence d'une norme spécifique de droit des contrats interdisant le contrat de corruption, la question se pose de savoir si une norme pénale réprimant la corruption entre en considération. Une telle prise en compte supposerait cependant que soient réalisées les conditions de l'infraction prévue par la loi pénale applicable. Un certain nombre des Etats OHADA ont ratifié la Convention de l'Union Africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption du 11 juillet 2003¹¹⁵. Celle-ci, entrée en vigueur le 5 août 2006, fait obligation aux Etats parties d'adopter les mesures législatives nécessaires pour définir comme infractions pénales les actes visés par la Convention (article 5 de la Convention). Une fois ces mesures adoptées, l'on pourra admettre que le contrat en cause est contraire à une disposition impérative par le fait que les parties au contrat visent un but prohibé par la loi pénale. En effet, ce contrat serait constitutif, selon les circonstances de sa conclusion, de l'une des infractions visées à l'article 4.1(a) ou (b) de la Convention¹¹⁶. Avant l'adoption des mesures en question, seule une référence à la loi pénale de l'Etat membre concerné permettra de déterminer si le contrat est illicite. Il en va de même pour les Etats OHADA qui n'ont pas adhéré à cette Convention.

Le détour par la loi pénale au titre de "disposition impérative" peut être rendu nécessaire par le fait que les conséquences civiles d'un acte de corruption ne sont pas nécessairement prévues par la loi applicable. La Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1999¹¹⁷ vise à

¹¹⁴ Par ex., art. 126 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, selon lequel "est nulle et de nul effet toute contre-lettre ou convention ayant pour objet de dissimuler partie du prix d'une cession de fonds de commerce".

¹¹⁵ Le texte de la Convention et la liste des Etats parties sont disponibles à l'adresse suivante : <<http://www.africa-union.org/>> sous Documents/Traités, Conventions et Protocoles (site consulté le 2 juin 2008).

¹¹⁶ L'art. 4.1 définit les actes de corruption notamment de la manière suivante : "(a) la sollicitation ou l'acceptation, de manière directe ou indirecte, par un agent public ou par toute autre personne, de tout bien ayant une valeur monétaire, ou de tout autre avantage, tel qu'un don, une faveur, une promesse ou un profit pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, en échange de l'accomplissement ou de l'omission d'un acte dans l'exercice de ses fonctions" ; "(b) l'offre ou l'octroi à un agent public ou à toute autre personne, de manière directe ou indirecte, de tout bien ayant une valeur monétaire, ou de tout autre avantage, tel qu'un don, une faveur, une promesse ou un profit pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, en échange de l'accomplissement ou de l'omission d'un acte dans l'exercice de ses fonctions".

¹¹⁷ Conseil de l'Europe, Série des Traités européens, n° 173 : <<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/174.htm>> (site consulté le 19 fév. 2008).

remédier à cette faiblesse traditionnelle du droit des contrats en disposant que "Chaque Partie prévoit dans son droit interne que tout contrat ou toute clause d'un contrat dont l'objet est un acte de corruption sont entachés de nullité" (article 8(1) de la Convention). Cette convention n'est certes pas applicable dans l'espace OHADA, mais son esprit peut être source d'inspiration dans l'interprétation de la loi pénale dont la violation devient source d'illicéité civile.

(ii) *Contrariété à l'ordre public ou aux bonnes mœurs*

Afin de promouvoir l'uniformité dans l'application de l'Avant-projet conformément à l'article 1/5(1) AP, les notions d'ordre public et de bonnes mœurs doivent recevoir des contours spécifiques à l'espace OHADA. Les Principes européens, même s'ils ont renoncé à la distinction entre contrariété à l'ordre public et contrariété aux bonnes mœurs¹¹⁸, fournissent un intéressant point d'appui à l'interprétation de l'article 3/1(1) AP. Parmi les "principes reconnus comme fondamentaux" par les Etats membres de l'Union Européenne, le commentaire mentionne ceux qui sont fondés sur le Traité sur l'Union européenne (Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007), la Convention européenne des droits de l'homme ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, auxquels s'ajoutent d'autres principes – interdiction de la limitation excessive de la liberté individuelle, droit de travailler, etc. – pourvu qu'il ne s'agisse pas de concepts purement nationaux¹¹⁹. Le commentaire souligne que la politique publique sous-jacente est susceptible de changer conformément aux normes sociales dominantes, ce qui peut conduire à élargir le cercle des principes reconnus comme fondamentaux ou à en disqualifier certains qui avaient été reconnus comme tels auparavant.

L'ordre public est difficile à cerner¹²⁰ : "il s'agit d'une notion aussi vague que fondamentale, qui se sent bien plus qu'elle ne se définit"¹²¹. Principes essentiels, valeurs fondamentales communes, tels sont les termes par lesquels l'on peut chercher à définir l'ordre public. La difficulté est d'identifier quels sont concrètement ces principes ou valeurs fondamentaux. Il s'agit ici de se demander si l'ordre public OHADA interdit la conclusion d'un contrat entre

¹¹⁸ Art. 15:101 PECL : Un contrat est privé de tout effet dans la mesure où il est contraire aux principes reconnus comme fondamentaux par le droit des Etats membres de l'Union européenne.

¹¹⁹ PECL 15:101 Comment. B.

¹²⁰ Comp. un récent arrêt du Tribunal fédéral suisse qui avoue son embarras devant la difficulté de définir l'ordre public (international) : ATF 132 III 389 c. 2.2.

¹²¹ Henri DE PAGE, *Droit civil belge*, t. 1^{er}, 3^e éd., Bruylant, Bruxelles (1962), N° 91.

un agent public et une société privée, par lequel cette dernière promet un pot-de-vin en échange de la conclusion d'un contrat avec l'Etat. Les textes édictés par l'OHADA, pour l'heure moins nombreux et d'application plus limitée que ceux en vigueur dans l'Union européenne, constituent cependant un point de départ dans l'identification des principes et valeurs fondamentaux de l'espace OHADA. Ainsi, le Préambule du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique indique les buts poursuivis par l'OHADA et les valeurs que prône celle-ci. Il fait état de la volonté des Membres d' "accomplir de nouveaux progrès sur la voie de l'unité africaine et [d']établir un courant de confiance en faveur des économies de leur pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique". Il exprime aussi la conscience "qu'il est essentiel que ce droit soit appliqué avec diligence, dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement". Or, la lutte contre la corruption ¹²² est certainement indispensable à la création d'un courant de confiance en faveur des économies des Etats Membres, tout comme à la garantie de la sécurité juridique des activités économiques et à l'encouragement des investissements, notamment étrangers. Il paraît toutefois difficile de fonder sur ce texte une interdiction fondamentale commune de la corruption, étant donné le degré d'abstraction et de généralité du Préambule.

La lutte contre la corruption fait également l'objet de textes internationaux liant certains Etats Membres de l'OHADA, *i.e.* la Convention de l'Union Africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption et la Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003. Le premier texte a été signé par presque tous les Etats Membres OHADA et ratifié par six d'entre eux ; le second texte a été signé par quatorze sur dix-sept Etats (*y c.*, la RDC) et ratifié par neuf Etats Membres OHADA. Etant donné qu'aucun des deux instruments n'est en vigueur dans l'ensemble de l'espace OHADA, au contraire des exemples cités pour l'Union européenne, il est peut-être prématuré de faire de l'interdiction civile des contrats ayant pour objet un acte de corruption un principe fondamental commun à tous les Etats Membres OHADA.

Toutefois, lors même qu'une interdiction ne pourrait pas être déduite des textes juridiques en vigueur dans l'espace OHADA, les bonnes mœurs peuvent être invoquées comme un ensemble de valeurs non codifiées, mais respectées de manière générale. La notion, à nouveau, doit être commune aux

¹²² Un Colloque OHADA a été organisé sur ce thème à Bâle en février 2008 : <<http://www.ohada.com/newsletter.php?news=316>> (site consulté le 17 mars 2008).

Etats de l'OHADA (article 1/5(1) AP). Les bonnes mœurs, guère plus faciles à définir que l'ordre public, comprennent la moralité en affaires¹²³. Ainsi, même si tous les Etats OHADA n'ont pas adhéré à la Convention de l'Union Africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption ou à la Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003, et même si tous n'ont pas encore transposé dans leurs ordres juridiques nationaux les infractions prévues par ces Conventions, il est possible de fonder sur les bonnes mœurs l'interdiction de conclure un contrat ayant pour objet un acte de corruption. La nécessité de proscrire les actes de corruption bénéficie en effet aujourd'hui d'une reconnaissance suffisamment large¹²⁴.

La détermination du caractère contraire à l'ordre public ou immoral d'un contrat ou de l'une de ses clauses conformément à l'article 3/1 AP est certes délicate¹²⁵. Centrer le problème sur la cause (du contrat ou de l'obligation ?) ne facilite guère la solution du problème. La difficulté principale demeure : celle d'identifier ce qui est concrètement contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

L'illicéité du contrat de corruption doit être admise dans le présent cas, en tout cas du chef de contrariété aux bonnes mœurs, voire à l'ordre public selon les textes en vigueur au sein de l'Etat OHADA concerné. Il s'ensuit que le contrat dans son entier est affecté de nullité absolue afin de protéger l'intérêt général tel que le décrit par les préambules des différentes conventions (article 3/13 AP).

2. Validité du contrat subséquent

Le contrat de retraitement des boues liant la Ville de Zurich à la Société est la conséquence de l'acte de corruption. Ce contrat n'est pas visé par les textes internationaux centrés sur la répression pénale de l'acte de corruption¹²⁶. En tant que tel, le retraitement de boues contre rémunération n'est pas contraire à

¹²³ TERRE/SIMMLER/LEQUETTE, *supra* note 23, N^{os} 386, 388 : "Les bonnes mœurs, c'est aussi la morale des affaires qui s'emploie à restaurer 'la légitimité de l'économie de marché en ne l'abandonnant pas à ses pires déviations'. Les contrats de corruption ou de trafic d'influence sont ainsi nuls pour cause immorale".

¹²⁴ La réaction des participants au Colloque de Ouagadougou confirme qu'une telle interdiction fait d'ores et déjà partie des bonnes mœurs communes aux Etats OHADA.

¹²⁵ L'illicéité s'étend-elle au crédit obtenu pour financer un acte de corruption, à la corruption d'un fonctionnaire étranger, à celle d'un agent privé, etc. ?

¹²⁶ Sous réserve de la Convention du Conseil de l'Europe (note 117).

l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ni ne viole des dispositions impératives de la loi, sous réserve de la violation d'éventuelles prescriptions protectrices de l'environnement non en cause ici. Les manoeuvres qui ont précédé la conclusion de ce contrat suffisent-elles à rendre celui-ci nul ? La lutte contre la corruption, que visent les textes internationaux mentionnés au paragraphe précédent, n'empêche pas nécessairement la nullité du contrat subséquent, dans la mesure où il s'impose de tenir également compte des intérêts de la victime de l'acte de corruption. Toutefois, l'on peut admettre que les manoeuvres qui ont précédé la conclusion du contrat de retraitement affectent le consentement de la Ville de Zurich, victime dans cette affaire. La validité du contrat peut ainsi être remise en cause pour erreur ou dol (article 3/5 ou 3/8 AP). Cette construction correspond à celle préconisée par la convention civile du Conseil de l'Europe ¹²⁷.

Selon le double test prévu par l'article 3/5(1) AP, il convient de vérifier, d'une part, l'importance de l'erreur du point de vue de la partie qui se trompe et, d'autre part, le fait que l'autre partie ne mérite pas protection. La Ville de Zurich (victime de l'erreur) ne se serait certainement pas engagée à l'égard de la Société si elle avait su que l'un de ses fonctionnaires avait choisi la Société suite à un acte de corruption. Quant à la Société (l'autre partie), si elle n'est pas à l'origine de l'erreur de la Ville de Zurich parce qu'elle aurait offert une commission illicite au fonctionnaire, du moins a-t-elle connu l'erreur de sa partenaire et agi de manière contraire aux exigences de la bonne foi en matière commerciale en répondant aux sollicitations illicites du fonctionnaire.

Les conditions de l'erreur étant ici réalisées, le contrat de retraitement de boues est affecté de nullité relative (article 3/14 AP). La protection de l'intérêt particulier à n'être pas lié sur la base d'un consentement vicié n'impose en effet pas la nullité absolue. Il appartient à la partie victime d'un acte de corruption de décider si elle entend maintenir le contrat ou non ¹²⁸. L'annulation se fait de manière unilatérale par notification (article 3/16 AP) dans un délai raisonnable (article 3/17 AP). Son effet est rétroactif et conduit à

¹²⁷ Selon l'art. 8(2) de la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1999 (note 117) : "Chaque Partie prévoit dans son droit interne que tout contractant dont le consentement a été vicié par un acte de corruption peut demander au tribunal l'annulation de ce contrat, sans préjudice de son droit de demander des dommages-intérêts". Telle est aussi la solution adoptée en droit suisse (ATF 129 III 320 c. 6.2, 6.3, JdT 2003 I 331).

¹²⁸ Dans ce sens, Convention du Conseil de l'Europe, Rapport explicatif, N° 64 (<<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/174.htm>>) (site consulté le 17 mars 2008). Voir aussi l'analyse nuancée de RAESCHKE-KESSLER, *supra* note 105, 9 ss.

la restitution des prestations fournies en nature ou en valeur (article 3/19 AP). Dans le cas d'espèce, la restitution en nature de la prestation de la société de traitement n'étant pas possible, elle se doit se faire en valeur (article 3/19(2) AP). La Ville de Zurich doit ainsi restituer la valeur du service de retraitement contre restitution par la Société de la rémunération. Comme elle n'avait pas payé pour l'intégralité des boues retraitées et refusait de le faire, elle est tout de même condamnée au paiement de la somme réclamée ¹²⁹.

L'article 3/19(2) AP conduit à condamner la Ville de Zurich à la restitution simultanée des prestations échangées. Le retraitement des boues, qui est déjà intervenu, doit être restitué en valeur par la Ville de Zurich (article 3/19(2) AP). Quant à la Société, elle n'a rien à restituer puisqu'elle n'a pas reçu la rémunération. La solution, par une autre voie (restitution en valeur), est la même que celle du tribunal suisse. A noter que si la Ville de Zurich avait perdu l'occasion de conclure un contrat moins onéreux pour le même service, elle pourrait réclamer des dommages-intérêts correspondant à la différence de prix sur la base de l'article 3/20 AP.

Cet exemple sert à la fois d'illustration aux règles sur la nullité (absolue) pour illicéité et à celles sur la nullité (relative) pour erreur, ainsi que les conséquences de cette dernière.

D. RENONCIATION A L'EXERCICE D'UN DROIT DE RECOURS CONTRE REMUNERATION ¹³⁰

A, propriétaire, a obtenu un permis de construire en vue de la rénovation et de la transformation de son immeuble. X, propriétaire de l'immeuble voisin, recourt contre l'octroi du permis par les voies de droit qui lui sont formellement ouvertes. Dans le mois suivant le dépôt du recours, les parties sont convenues que A verserait à X un montant de 20'000 euros, moyennant quoi X retirerait son recours. A paye la somme convenue ; X retire le recours. A peut-il obtenir le remboursement de la somme versée en invoquant l'immoralité de la convention conclue ?

Aucune disposition du droit suisse n'interdit de renoncer à l'exercice d'un droit de recours en échange d'une somme d'argent. Les juges suisses saisis de l'affaire ont par conséquent raisonné sur la base des bonnes mœurs et considéré qu'un tel accord est immoral, dans la mesure où il représente une commercialisation blâmable de sa position juridique par la partie qui renonce

¹²⁹ Telle est la solution de l'arrêt, fondée cependant sur l'idée que la partie du contrat qui a été exécutée avant l'annulation l'a été valablement et n'est pas sujette à restitution (ATF 129 III 320 c. 7.1.3, JdT 2003 I 331).

¹³⁰ Exemple tiré de la jurisprudence suisse : ATF 123 III 101, JdT 1997 I 586 (immoralité admise) ; ATF 115 II 232, JdT 1990 I 66 (immoralité non admise).

au recours, autrement dit lorsque l'indemnité convenue en échange du retrait du recours ne se rapporte à aucun intérêt digne de protection du recourant (par exemple l'indemnisation d'un dommage). Il en va ainsi lorsque le but recherché par le titulaire du droit de recours est d'obtenir de son adversaire un avantage (financier) étranger à la procédure en question. Dans cette hypothèse, l'accord représente une commercialisation contraire aux mœurs d'un droit de procédure. L'autre partie, invoquant la nullité de l'accord pour ce motif, réclamait le remboursement de la somme versée. Les juges ne lui donnèrent toutefois pas gain de cause parce que le paiement avait été volontaire et n'était pas affecté par une erreur (contrainte) de celui qui avait payé (article 63(1) COS)¹³¹. Nonobstant la nullité de la convention, la restitution des 20'000 euros payés en vue d'atteindre un but contraire aux mœurs ne fut donc pas ordonnée.

La question se pose, à nouveau en relation avec l'article 3/1 AP, de savoir s'il est contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou à des dispositions impératives de la loi de renoncer à titre onéreux à l'exercice d'un droit en justice. Faute – probablement – de dispositions impératives de la loi (article 3/1(b) AP), un tel accord, qui ne met pas en cause des valeurs fondamentales (article 3/1(a) 1^{ère} hypothèse AP), devrait être soumis au test de la moralité (article 3/1(a) 2^e hypothèse AP). Selon ce test, il convient de vérifier s'il est conforme à la moralité de commercialiser un droit de recours fondé sur la loi, autrement dit, de renoncer à utiliser une prérogative légale contre rémunération. Sans doute un ordre juridique ne saurait-il tolérer que les droits de procédure qu'il prévoit soient détournés de leur finalité par une partie afin d'en faire une source de gain. La contrariété aux bonnes mœurs pourrait être admise sur la base de l'article 3/1(a) AP. Cela signifie que la convention est atteinte de nullité absolue et n'est pas susceptible de confirmation (article 3/13 AP). L'Avant-projet distingue la nullité absolue de la nullité relative (articles 3/13 et 3/14 AP) et consacre quatre dispositions à l'annulation (articles 3/15-19 AP) dont l'effet est rétroactif. Sans doute s'agit-il d'un problème purement terminologique, mais l'idée d'"annuler" un contrat affecté de "nullité absolue" paraît paradoxale. Il est vrai que même la nullité absolue doit être relevée par une personne qui y a intérêt (article 3/13(2) AP) ou directement constatée par

¹³¹ L'exception *in pari turpitudine melior est causa possidentis* (art. 66 COS) avait aussi été invoquée, mais inutilement, puisque le remboursement est refusé sur une autre base. L'art. 66 COS ("Il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux mœurs") est critiqué par la doctrine dominante qui voudrait le voir interprété de manière restrictive, mais le Tribunal fédéral fait application sans restriction de cette disposition (G. PETITPIERRE, in : Thévenoz / Werro, *supra* note 10, CO 66 N° 3).

le tribunal. Ce dernier prononcera l'annulation du contrat aux conditions et avec les conséquences prévues, en particulier moyennant restitution des prestations effectuées (article 3/19(2) AP). Si, en l'espèce, la somme versée en échange du retrait du recours est susceptible de restitution, il n'en va pas de même du recours retiré. Sur ce point, la situation procédurale antérieure ne peut être recrée. Par ailleurs, une restitution en valeur du recours retiré ne paraîtrait pas indiquée. Or, l'article 3/19(2) AP permet à chaque partie de demander la restitution "pourvu qu'elle procède simultanément à la restitution" de ce qu'elle-même a reçu¹³². Cela signifie probablement qu'en l'absence de possibilité d'une restitution simultanée, le cas échéant en valeur, la nullité ne donnerait pas lieu à restitution.

E. DELAI DE PAIEMENT ACCORDE AU DEBITEUR ¹³³

Le 6 juillet, un commerçant, débiteur d'un montant de 208 pounds, convient oralement avec son créancier que ses dettes seront éteintes et que l'avis de faillite émis le mois précédent ne lui sera pas notifié s'il paye la somme due le lendemain auprès d'une banque sise à Eastbourne. Le paiement intervient comme promis, ce dont le débiteur informe le créancier par un courrier qui ne parvient cependant pas à destination. Non informé du paiement, le créancier fait notifier la faillite au débiteur en son établissement. Un client du débiteur, présent au moment de la notification, renonce à faire affaire avec ce dernier pour ce motif. Le débiteur peut-il invoquer la violation par le créancier du sursis accordé pour obtenir réparation du dommage subi ?

La promesse du créancier de ne pas faire notifier la faillite si le débiteur paie la somme due au lieu convenu le lendemain n'a, selon les juges anglais, pas force obligatoire pour deux motifs. D'une part, le débiteur ne promettait pas plus que ce qu'il devait déjà, alors que le créancier accordait un délai supplémentaire d'un jour. La somme étant déjà due et incontestée, la concession consentie en faveur du débiteur n'apportait aucun avantage au créancier et manquait, pour ce motif, de *consideration*. D'autre part, la modification d'un contrat introduite au bénéfice du seul débiteur constitue un *nudum pactum* ne reposant pas sur une *consideration* suffisante fournie par le créancier¹³⁴. La promesse étant sans effet, sa violation n'oblige pas le créancier à réparer le dommage subi par le débiteur.

¹³² Quant aux Principes européens, ils prévoient un système flexible de restitution "dans la mesure où cela paraît approprié" : PE 15:104(1) et Notes.

¹³³ *Vanbergen v. St. Edmund's Properties Ltd* [1933] 2 K.B. 223.

¹³⁴ TREITEL, *supra* note 7, N° 3-048 n. 252, N° 3-063 n. 317 ; CHITTY ON CONTRACTS, *supra*

L'Avant-projet admet qu'une modification est possible d'un commun accord et lui accorde force obligatoire (article 1/4 AP). L'accord des parties est une condition nécessaire et suffisante de validité d'une modification du contrat¹³⁵. L'accord nécessaire à la modification du contrat est soumis aux articles 2/1–2/22 AP, soit à l'acceptation d'une offre suffisamment précise et indiquant la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation, soit à un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord (articles 2/1, 2/2 et 2/6 AP). Il s'agit, dans le présent cas, de vérifier la condition du "commun accord". Un accord – qu'il soit de modification ou autre – peut être passé oralement (article 1/3(1) AP), les questions de preuve étant réservées (article 1/3(2) AP). Dans cette affaire, les juges anglais n'ont pas examiné si la volonté des parties était véritablement établie¹³⁶, car ils considéraient que la *consideration* faisait de toute façon défaut. Selon l'Avant-projet, dans la mesure où un accord des parties était établi sur le fait qu'un sursis d'un jour était accordé au débiteur contre la promesse de payer immédiatement le solde de la dette, cet accord revêt force obligatoire. Le créancier qui fait notifier la faillite malgré le paiement intervenu en temps utile viole le sursis qu'il avait accordé. Cette inexécution donne lieu à dommages-intérêts (articles 7/1 et 7/19 AP). La solution de l'Avant-projet consiste à vérifier si les parties se sont effectivement mises d'accord sur un sursis. Dans l'affirmative, l'accord doit être respecté et sa violation peut conduire à l'octroi d'une indemnité.

Post-scriptum : on notera avec intérêt que le Ghana a largement assoupli l'exigence de la *consideration* en reconnaissant que la promesse d'exécuter un acte, même si celui-ci fait déjà l'objet d'un devoir, peut constituer une *consideration* suffisante¹³⁷. La solution du droit ghanéen serait donc la même que celle de l'Avant-projet.

note 7, N° 3–066 n. 290, N° 3–079 n. 353.

¹³⁵ La même solution est prévue par l'art. 29(1) CISG. Voir aussi, PU 2.1.1 Comment. 1, PU 3.2 Comment. 1 et 2.

¹³⁶ Lord Hanworth MR : "It is not very clear what the agreement was" ; Laurence LJ : "All those different versions of the contract leave me in great doubt as to what the real terms were".

¹³⁷ Contract Act (1960), Part III, Section 9 (*Laws as to Consideration Clarified in Certain Cases*) : "The performance of an act or the promise to perform an act may be a sufficient consideration for another promise notwithstanding that the performance of that act may already be enjoined by some legal duty, whether enforceable by the other party or not" (Texte aimablement fourni par Hon. Samuel Kofi DATE-BAH, Justice of the Supreme Court of Ghana).

F. MODIFICATION CONVENTIONNELLE DE LA MONNAIE ¹³⁸

Un producteur de café du Kenya (vendeur) et une société égyptienne (acheteuse) concluent deux contrats portant sur la livraison de 250 tonnes de café chacun pour un prix exprimé en shillings du Kenya, alors à parité avec la livre sterling. La première livraison est payée au moyen d'une lettre de crédit en livres sterling, ce qu'accepte le vendeur. Les parties conviennent par la suite d'une extension de cette lettre de crédit à la couverture du solde de la seconde livraison. Avant l'envoi par le vendeur de la facture et des autres documents à la banque, la livre sterling est dévaluée. Le prix est cependant payé dans cette monnaie en exécution de la lettre de crédit. Lorsqu'il est acquis que la monnaie du Kenya ne sera pas dévaluée, le vendeur réclame la différence entre le prix initialement convenu en shillings du Kenya et le prix payé en livres sterling dévaluées.

Dans cette affaire, il est à nouveau question d'une modification du contrat, qui porte sur la monnaie de celui-ci (shillings du Kenya), et non pas sur le délai de paiement comme dans le cas précédent. La modification de la monnaie du contrat initialement exprimée en livres sterling était susceptible de bénéficier à l'acheteur comme au vendeur. Cette possibilité suffit à admettre l'existence d'une *consideration*. Le fait qu'en fin de compte cette modification de la monnaie tourne à l'avantage de l'acheteur autorisé à payer le prix dans une monnaie dévalorisée est sans pertinence. Le prix est par conséquent dû en livres sterling, indépendamment de la dévaluation de cette monnaie ¹³⁹.

La solution de l'Avant-projet serait la même, mais pour d'autres motifs. La modification du contrat repose sur l'accord des parties qui peut résulter du comportement de celles-ci (articles 2/1 et 2/6(1) AP), interprété selon les principes fixés par les articles 4/1-4/8 AP. Lorsque l'acheteur paye la première livraison au moyen d'une lettre de crédit libellée dans une autre monnaie que la monnaie convenue, il fait, par son comportement, une offre de modifier la monnaie du contrat (article 2/1 AP). Le vendeur manifeste qu'il accepte la modification proposée par son comportement consistant à recevoir le paiement sans relever la différence de monnaie (article 2/6(1) AP). Raisonnablement, l'acheteur peut en déduire que le vendeur accepte la modification de la monnaie ainsi proposée ou du moins qu'il accepte d'être désintéressé aussi bien dans la monnaie du contrat que dans la monnaie du paiement. Si par la suite, le vendeur revient en arrière et exige le paiement dans la monnaie initiale, il agit en contradiction avec l'attente qu'il a suscitée chez l'acheteur,

¹³⁸ *W.J. Alan & Co Ltd v. El Nasr Export & Import Co* [1972] W.B. 189.

¹³⁹ CHITTY ON CONTRACTS, *supra* note 7, N° 3-079 n. 351.

ce qui l'article 1/7 AP interdit. Les comportements de l'acheteur et du vendeur sont constitutifs d'une offre et d'une acceptation. Cet accord sur la modification de la monnaie du contrat est confirmé par l'extension convenue ultérieurement de la lettre de crédit libellée en livres sterling au lieu de shillings kenyans. A la différence du cas précédent, l'accord entre les parties ne fait ici aucun doute même s'il ne prend pas la forme écrite, du fait qu'il résulte clairement du comportement des parties.

La volonté de se lier peut se déduire des déclarations comme du comportement des parties selon les règles sur la formation du contrat (article 2/1 ss AP), également applicables à la modification du contrat (article 1/4 AP). L'accord de volonté est efficace, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si chacun consent un sacrifice en faveur de l'autre.

G. EASTWOOD V. KENYON (1840) 140

M. Eastwood élève Sarah, la fille d'un de ses amis, lequel est décédé en laissant Sarah pour seule héritière de sa fortune. Il dispose de moyens limités et doit emprunter une importante somme d'argent pour élever Sarah. Lorsque Sarah atteint l'âge de la majorité, elle promet de rembourser cette somme. Après son mariage, son mari prend le même engagement envers M. Eastwood. M. Eastwood peut-il exiger le remboursement de la somme en question ?

Lorsqu'une certaine période sépare un acte et la promesse donnée en échange de cet acte, on parle de *past consideration* qui, en principe, n'est pas suffisante¹⁴¹. Dans la présente affaire, l'obligation morale assumée par Sarah, respectivement le mari de celle-ci, ne repose pas sur une *consideration* suffisante. Elle ne pas lie ni l'un ni l'autre car, dans le cas contraire, une simple promesse suffirait à créer la *consideration*. M. Eastwood ne peut donc contraindre Sarah ou son mari au remboursement de la somme en question. Pour qu'une telle promesse soit valable, elle aurait dû être faite par un *deed*¹⁴².

L'Avant-projet vérifierait la réalité de l'engagement pris par Sarah, respectivement son mari, sans s'arrêter au fait qu'il s'agit d'un acte gratuit. Si un accord de Sarah (de son mari) et de M. Eastwood peut être établi en vertu des articles 2/1 et 2/2 AP, cet accord liera les parties (article 1/4 AP). Il faudrait donc établir soit une offre de remboursement émanant de Sarah (resp. de son

¹⁴⁰ *Eastwood v. Kenyon* (1840) 11 A. & E. 438.

¹⁴¹ TREITEL, *supra* note 7, N° 3-018 n. 86 ; voir aussi, N° 3-021.

¹⁴² TREITEL, *supra* note 7, N° 3-164. Comp. TERRE / SIMMLER / LEQUETTE, *supra* note 23, N° 349, sur l'existence de l'intention libérale.

mari), qui indique la volonté d'être lié en cas d'acceptation (article 2/2 AP), soit un comportement des parties indiquant suffisamment leur accord (article 2/1 AP). A cette condition, l'engagement de Sarah (resp. de son mari) serait valable sans aucune exigence de forme particulière (article 1/3 AP). Les questions de preuve de l'engagement seraient régies "par les dispositions qui les concernent" (article 1/3(2) AP).

On notera que cette question sort du cadre de rapports commerciaux. Elle montre toutefois que, s'agissant d'actes à titre gratuit, une exigence de forme peut se justifier pour protéger la partie qui prend un tel engagement contre les actes inconsidérés. Il est facile de promettre de donner, il l'est moins de transférer effectivement une certaine somme d'argent au bénéficiaire. C'est la raison pour laquelle le droit suisse, par exemple, n'admet la validité de telles promesses que si elles sont faites par écrit (article 243(1) COS)¹⁴³, voire par acte authentique. Si la solution d'une application généralisée de l'Avant-projet à "tous les contrats" devait être retenue (article 00/1 AP), il pourrait être opportun¹⁴⁴ d'introduire une protection dans ce sens dans les règles spéciales traitant des actes à titre gratuit.

H. CARLILL V. CARBOLIC SMOKE BALL COMPANY (1892)¹⁴⁵

*Les propriétaires et vendeurs de la préparation médicamenteuse "The Carbolic Smoke Ball" font publier la publicité suivante dans le Pall Mall Gazette : "Une récompense de 100£ sera payée par Carbolic Smoke Ball Company à quiconque attrapera la grippe épidémique qui s'étend, un refroidissement ou toute maladie due à un refroidissement, après avoir utilisé la bille trois fois par jour pendant deux semaines conformément aux indications jointes à chaque bille phénolée. La somme de 1000£ est déposée auprès de l'Alliance Bank, Regent Street, en gage de notre sincérité dans cette affaire."*¹⁴⁶. La demanderesse acheta l'une de

¹⁴³ L'art. 239(3) COS fait échec à cette obligation de forme en cas de devoir moral dont l'accomplissement n'est pas considéré comme une donation. Cette disposition est cependant interprétée de manière restrictive afin de ne pas restreindre par trop la protection que la loi accorde au donateur (M. BADDELEY, in : Thévenoz / Werro, *supra* note 10, CO 239 N° 66 ; ATF 131 V 329 c. 4.2).

¹⁴⁴ Les Principes européens font le choix de l'absence de forme même dans ce cas : PECL 2:101 Comment. E et Notes 4.c.cc. Du fait que les Principes d'UNIDROIT se concentrent sur les contrats du commerce international, ils n'envisagent pas l'hypothèse d'actes gratuits.

¹⁴⁵ *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company* [1893] 1 QB 256.

¹⁴⁶ Texte original : "100£. reward will be paid by the Carbolic Smoke Ball Company to any person who contracts the increasing epidemic influenza, colds, or any disease caused by taking cold, after having used the ball three times daily for two weeks according to the printed

ces billes auprès d'un pharmacien sur la foi de la publicité et l'utilisa, comme indiqué, trois fois par jour du 20 novembre 1891 au 17 janvier 1892, jour où elle succomba à la grippe. Peut-elle obtenir le paiement de la somme promise ?

Comme la précédente, cette affaire sort du strict cadre du droit des affaires dans la mesure où elle concerne les relations entre une société et un client attiré par une publicité de celle-ci. Pour déterminer si les parties étaient liées par un contrat, les juges anglais examinent les conditions de l'offre et de l'acceptation. Le texte publié par *Carbolic* n'est pas considéré comme une simple réclame (*a mere puff*), mais comme une véritable offre du fait que les termes utilisés révèlent l'intention de se lier, en particulier parce que *Carbolic* indique avoir procédé au dépôt auprès d'une banque d'une certaine somme destinée à payer la récompense promise. Faisant exception à la nécessité d'une notification de l'acceptation, les juges admettent que le comportement consistant à utiliser la bille phénolée constitue une acceptation. Ils interprètent l'accord dans le sens que si le client attrape la grippe dans un délai raisonnable après avoir pris le médicament pendant deux semaines tout en continuant de le prendre, il a droit à la récompense promise. Restait à déterminer si cet accord reposait sur une *consideration* ou n'était qu'un *nudum pactum*. L'avantage pour la société réside dans le fait que le public achète le produit faisant l'objet de la réclame ; le détriment pour le client est vu dans l'utilisation de la bille trois fois par jour pendant deux semaines. Les juges n'ont aucune hésitation à admettre que ce comportement constitue une *consideration* suffisante¹⁴⁷. L'exigence de la *consideration* ayant été satisfaite, l'engagement produit ses effets de sorte que la demanderesse peut réclamer le paiement de la récompense promise.

L'Avant-projet résout le problème au moyen des règles sur la formation du contrat (articles 2/1, 2/2 et 2/6 AP). Il s'agit de vérifier sur la base de ces dispositions si la publicité est suffisamment précise et indique la volonté de *Carbolic* d'être liée en cas d'acceptation (article 2/2 AP). En premier lieu, le montant en jeu est précisé dans l'annonce, de même que le comportement attendu est défini, *i.e.* utiliser la boule trois fois par jours pendant deux semaines conformément aux indications imprimées. L'annonce peut être interprétée dans le sens raisonnable qu'ont retenu les juges anglais sur la base des critères fixés aux articles 4/2 et 4/3 AP. En second lieu, l'on peut déduire

directions supplied with each ball. 1000£. is deposited with the Alliance Bank, Regent Street, shewing our sincerity in that matter."

¹⁴⁷ Lindley LJ: "*there is ample consideration for the promise*"; Bowen, LJ: "*it is consideration enough that the plaintiff took the trouble of using the smoke ball*".

la volonté d'être lié du fait que *Carbolic* annonce qu'un dépôt a été effectué auprès d'une banque dont le nom est indiqué. Une personne raisonnable a ainsi toute raison de croire que *Carbolic* exprime sa volonté de se lier, comme l'ont d'ailleurs admis les juges anglais.

Quant à l'acceptation et à sa notification, l'article 2/6(1) AP permet de considérer le fait d'utiliser le médicament pendant la période et de la manière prescrite comme un comportement de la demanderesse indiquant qu'elle acquiesce à l'offre. L'alinéa 3 de la même règle donne une solution à la difficulté d'une acceptation sans notification. En vertu de l'offre contenue dans l'annonce, la demanderesse pouvait indiquer son acceptation en accomplissant l'acte décrit, soit en utilisant la bille pendant deux semaines trois fois par jour. L'article 2/6(3) AP prévoit que le moment de l'acceptation est celui de l'accomplissement de l'acte. Le contrat est par conséquent conclu dès lors que l'acte prévu est accompli par la demanderesse, lors même que *Carbolic* n'en a connaissance que plus tard. Cette règle répond de manière satisfaisante et simple au souci exprimé par les juges anglais. Le contrat étant valablement conclu, *Carbolic* doit payer la récompense promise à la demanderesse également sur la base de l'Avant-projet.

III. – CONCLUSIONS GENERALES

Les cas présentés dans la seconde partie sont appréhendés par les principes proposées par l'Avant-projet. Celui-ci permet de résoudre les quatre derniers cas sur la base de règles simples et efficaces relatives à la formation du contrat. Précision de l'offre et intention d'être lié, mode d'acceptation de l'offre, interprétation des déclarations et comportements dans le sens qu'une personne raisonnable leur aurait donné, ces règles dessinent les contours d'un engagement obligatoire pour les parties sans nécessité de vérifier s'il existe une *consideration* ou une cause. Les quatre premiers cas montrent les limites que l'Avant-projet pose à la liberté contractuelle et comment il protège le consentement libre et éclairé des parties, à nouveau sans référence à la cause ni à la *consideration*.

Chaque ordre juridique doit composer avec les insuffisances, souvent d'origine historique, de ses lois et les limites liées au pouvoir d'examen de sa haute juridiction. Les juges font de leur mieux pour trouver des solutions équitables qui soient raisonnablement fondées sur la loi. Ils doivent parfois emprunter des chemins détournés pour y parvenir. Ces détours ont certes leur justification nationale propre, mais ils offrent de mauvais modèles pour des règles nouvelles, d'application aisée et prévisible. Cause et *consideration*

constituent de tels détours. L'une et l'autre se sont développées à la manière d'un gaz dont l'expansion ne peut être contenue. Le caractère hétéroclite des situations visées explique la complexité des notions¹⁴⁸ et leur caractère difficilement accessible au juriste étranger. Chacune des doctrines a envahi un terrain propre. Les cumuler introduirait une confusion difficilement maîtrisable. Force est d'admettre qu'un corps de règles, se voulant attractif pour les parties et offrant la sécurité juridique nécessaire, ne peut pas se permettre de retenir des doctrines contradictoires entre elles et d'un maniement aussi délicat.

L'Avant-projet est destiné à s'appliquer dans les ordres juridiques des Etats membres aux conceptions différentes voire incompatibles. Destiné aussi à rassurer les parties provenant d'ordres juridiques extérieurs, il doit éviter d'utiliser des notions difficilement compréhensibles. La compatibilité internationale des règles suppose que les problèmes identifiés soient résolus au moyen d'instruments juridiques comparables. Ainsi, la validité d'une clause limitative de responsabilité mérite être traitée dans le chapitre correspondant, à l'intersection entre l'exonération de responsabilité pour inexécution et la validité de conditions générales préformulées de manière unilatérale. Un raisonnement fondé sur la cause entraîne davantage d'obscurité que de lumière.

Si le droit des contrats se construit sur la "validité par seul accord"¹⁴⁹, si la condition nécessaire et suffisante de validité du contrat est celle de l'accord entre les parties, il est indispensable que l'ordre juridique offre certaines garanties quant à la volonté des parties de se lier, à l'intégrité de cette volonté commune et aux "exigences de justice et d'équilibre contractuels"¹⁵⁰. L'Avant-projet met en place ces garanties, notamment au moyen des règles sur la formation, la validité et l'interprétation du contrat, ainsi que celles sur l'inexécution. Héritier des traditions juridiques de *common law* et de droit civil – notamment, mais pas seulement, de droit français – il propose des solutions offrant un accès et une prévisibilité raisonnables aux parties.



¹⁴⁸ TREITEL, *supra* note 7, N^{os} 3-001, 3-003 ; MALAURIE / AYNES / STOFFEL-MUNCK, *supra* note 23, N^o 603.

¹⁴⁹ Titre de l'art. 3.2 PU.

¹⁵⁰ CAPITANT / TERRE / LEQUETTE, *supra* note 19, 65.

**“CAUSE” AND CONSIDERATION : WHY THEY WERE LEFT OUT OF THE PRELIMINARY DRAFT
OHADA UNIFORM ACT ON CONTRACT LAW** (Abstract)

Christine CHAPPUIS (Professor at the Law Faculty of the University of Geneva
(Switzerland))

The Preliminary Draft OHADA Uniform Act on contract law relinquishes two important concepts. The terms of validity of the contract mention neither “cause” nor consideration and in so doing the preliminary draft purposely breaks with one of the pillars of French law and with a doctrine traditionally regarded as indispensable in the common law systems.

Recent trends show that neither of these doctrines prevails over the other. The common law systems continue to apply the concept of consideration, albeit hedged about by restrictions and uncertainty; cause remains a living concept in France and the francophone African countries but has become less popular in other legal systems that used to apply it. It would be quite impossible, indeed unthinkable, to choose between the two. They have different origins, they do not pursue the same objectives and their solutions are tailored to deal with different problems. Like its model, the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, the preliminary draft centres on the common will of the parties as the result of an exchange involving an offer and its acceptance, which is regarded as sufficient to create a valid link between the parties. That is why the double sacrifice, in that it promotes legal security, deserves a warm welcome.

This communication does not set out to take sides in the quarrel between “causalists” and “anti-causalists” in France, nor does it seek to demonstrate that consideration is of no use to common law contract law. Cause and consideration have both indisputably been instrumental in solving legal problems with regard to the validity of the contract in the legal systems to which they relate. Rather, this communication shows, in Part I, why it is impossible to choose between one or the other of these concepts in a preliminary draft Act on contract law intended for all OHADA member States as a group and, in Part II, to demonstrate, with the aid of some real cases taken from the jurisprudence, how the preliminary draft proposes to solve some of the problems commonly settled by cause in French law and by consideration in the common law tradition.

