

L'harmonisation du droit OHADA des contrats

Rapport Général du Colloque de Ouagadougou – 15-17 novembre 2007

Pierre Meyer *

1. Le Colloque qui s'est tenu à Ouagadougou (Burkina Faso) sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats a permis de s'interroger sur certains aspects techniques du droit des contrats. Ainsi pour ce qui concerne le fond des contrats, des concepts comme la cause dans le droit des contrats de la famille romano germanique ou la "*consideration*" dans le droit de *common law* ou des principes comme ceux de la bonne foi et de la liberté contractuelle ont été abordés dans différentes communications et dans les débats. S'agissant de la forme des contrats, des communications et une partie des débats ont permis d'aborder des questions importantes comme la place à accorder au formalisme substantiel – protecteur du consentement – et probatoire ou encore le régime de formation et de preuve du contrat électronique. Toutefois, au-delà des aspects strictement contractuels, le Colloque a également posé un certain nombre de questions fondamentales sur l'ensemble du processus d'harmonisation du droit africain des affaires entrepris au sein de l'OHADA. Parmi ces questions que l'on peut qualifier de fondamentales, car elles posent des problèmes de politique juridique, celles de la délimitation du droit à harmoniser et des référents juridiques du droit harmonisé ont retenu l'attention des participants à travers différentes communications et à travers des débats nourris, passionnants et parfois passionnés. Nous aborderons donc l'ensemble des questions traitées lors de ce Colloque à travers ces deux dimensions de délimitation matérielle et des référents juridiques du droit à unifier.

* Professeur à l'UFR Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ouagadougou (Burkina Faso).

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.

2. Les rédacteurs du Traité constitutif de l'OHADA ont eu pour objectif d'assurer la sécurité juridique et judiciaire en mettant en place "un droit des affaires simple, moderne et adapté afin de faciliter l'activité des entreprises" (Préambule Traité, al. 5). Du point de vue normatif, les Actes uniformes sont l'instrument permettant de réaliser cet objectif ; du point de vue institutionnel, le pourvoi en cassation devant la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) est l'instrument permettant de renforcer l'unité du droit des affaires par l'interprétation uniforme. L'article 1^{er} du Traité OHADA définit l'objet du droit à harmoniser. Aux termes de cette disposition, le domaine couvert par le droit unifié de l'OHADA est constitué du droit des affaires. Un objet constitué d'une branche du droit à contenu variable sans limitation précise ne pouvait manquer à terme de susciter un problème de délimitation matérielle du droit à harmoniser. La délimitation n'est pas que matérielle. On sait que l'OHADA est une organisation ouverte. Le Préambule du Traité fait d'ailleurs référence à la détermination des Etats parties à contribuer "au progrès sur la voie de l'Unité africaine" (Préambule Traité al. 1^{er}). De façon plus explicite, l'article 53 fait de l'acte constitutif de l'OHADA un Traité ouvert puisqu'il est "ouvert à l'adhésion de tout Etat membre de l'OUA non signataire du Traité" et même "de tout Etat non membre de l'OUA invité à y adhérer de commun accord de tous les Etats parties" (Traité, article 53). On perçoit ici que la délimitation revêt une dimension spatiale.

3. La délimitation spatiale d'une organisation dont l'objet essentiel est de produire des normes communes et d'en assurer l'interprétation également commune pose nécessairement des problèmes de cadre ou de référents juridiques du droit harmonisé. Le droit comparé a permis de dégager l'existence de "familles" de droit ou, pour reprendre l'expression du célèbre comparatiste français René David, de "grands systèmes de droit". On comprend aisément qu'un processus d'unification du droit concernant différents droits intégrant une même famille est moins complexe que lorsque cette unification doit intégrer des droits ressortissant à des grands systèmes de droit différents.

I. – LA DELIMITATION MATERIELLE DE L'HARMONISATION

4. On a rappelé ci-dessus que du point de vue de leur domaine d'application, les Actes uniformes doivent couvrir le droit des affaires. Celui-ci est défini par l'article 2 du Traité au moyen d'une énumération d'un ensemble de règles se rapportant "au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit

de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports ...". L'énumération de l'article 2 du Traité n'est cependant pas limitative puisque la même disposition poursuit l'énumération par la mention que "toute autre matière" peut être incluse dans le droit des affaires pour autant que le Conseil des ministres de l'OHADA décide à l'unanimité de l'y inclure. Ceci ne fait que refléter, comme on l'a déjà mentionné, le fait que le droit des affaires est une branche à contenu variable sans limitation précise. Le droit des affaires a ainsi vocation à englober toutes les règles de droit relatives à l'entreprise et à la production et la circulation des richesses économiques. C'est ainsi que peuvent, sans nul doute, entrer dans le champ du droit des affaires, outre le droit commercial au sens classique de ce terme, le droit de certaines professions commerciales spécialisées, le droit des services financiers, le droit pénal des affaires, le droit fiscal, le droit social (ou au moins certains aspects de celui-ci), le droit comptable. Plus récemment, il a été proposé d'inclure également dans le droit des affaires le droit de la propriété industrielle et commerciale, le droit de la société civile, le droit des nouvelles technologies de l'information et de la communication, le droit de la concurrence et de la consommation, le droit de certains contrats spéciaux ainsi que certains aspects du droit international privé. Il est certain que, pour pouvoir remplir adéquatement leur fonction d'unification, de simplification, de modernisation du droit des affaires, les Actes uniformes doivent couvrir sinon la totalité, au moins l'essentiel, des règles juridiques applicables à l'entreprise et aux activités économiques.

5. La question en débat au Colloque de Ouagadougou a bien évidemment porté sur le droit des contrats puisque l'objet de celui-ci était relatif à l'harmonisation OHADA du droit des contrats. Cette question peut être subdivisée en deux sous-questions enchaînées : le droit des contrats doit-il être intégré au droit des affaires à harmoniser et, à supposer qu'il soit répondu affirmativement à la première question, cette harmonisation doit-elle couvrir tous les contrats, y compris les contrats civils ?

6. Il est possible d'aborder la première question de façon "positiviste" ou "légaliste". L'article 2 du Traité donne au Conseil des ministres de l'OHADA la prérogative de définir de façon empirique le droit des affaires à harmoniser. Le Conseil des ministres a décidé d'inclure le droit des contrats (et plus récemment, lors de la session de Niamey des 26 et 27 juillet 2007, le droit de la preuve à fusionner avec le droit des contrats). Par conséquent, le droit des contrats est une matière relevant du droit des affaires au sens de l'OHADA. C'est ainsi qu'un représentant du Secrétariat permanent de

l'OHADA nous a, à juste titre, s'agissant du Secrétariat permanent, présenté les choses ¹.

7. Un Colloque scientifique ne peut cependant se satisfaire d'une telle réponse lapidaire et formelle, exclusivement légale. La réponse se doit d'être aussi légitime, ce qui, dans le cas d'espèce, implique qu'elle soit scientifiquement fondée. Le problème vient de ce que le Traité ne fournit aucun critère du droit des affaires à harmoniser. Après avoir énuméré des matières, l'article 2 donne en quelque sorte un blanc seing au Conseil des ministres de l'organisation, en ne posant qu'une exigence de procédure (la procédure de l'unanimité) et aucune exigence de fond.

8. La classification des règles juridiques en branches du droit peut obéir à au moins deux types de considérations. On peut ainsi regrouper des règles en branches en considérant que cette classification est fondée sur un certain nombre de sources, de concepts, de principes, de méthodes d'interprétation communs qui, en même temps qu'ils constituent les règles regroupées en une branche du droit les distinguent des autres branches du droit. C'est sur cette base que les classifications traditionnelles en droit civil, droit commercial, droit social, droit fiscal, droit administratif, etc. ont été conçues. Plus récemment, des classifications ayant un tout autre fondement sont apparues. Il s'agit cette fois de classer et regrouper des règles selon qu'elles régissent un secteur d'activités. Les droits de la chasse, de la pêche, du tourisme obéissent à cette logique. Le droit des affaires lui aussi s'inscrit dans cette nouvelle approche des branches du droit. Hétérogène par ses sources, le droit des affaires n'a de limites que celles qui lui sont imposées par l'existence et l'activité des acteurs économiques. Il a donc pu être justement écrit à propos du droit des affaires qu'il a "vocation à englober toutes les règles qui se rapportent à l'entreprise, dans son acception économique, et qui sont relatives aux opérations qui concourent à la production et à la diffusion des richesses économiques" ². Il est difficile de ne pas voir dans le contrat un acte essentiel de production et de diffusion des richesses économiques. On peut même estimer à juste titre que le contrat est l'acte juridique essentiel dans ce domaine. Légitimement – et non plus seulement légalement –, le contrat – au moins le contrat commercial – doit donc bien être intégré dans le droit des affaires. Il a, à juste titre, été observé, lors d'une communication présentée au Colloque, que le droit des

¹ Cf. la communication présentée par Idrissa KERE, "L'OHADA et l'harmonisation du droit des contrats : propos et questions préliminaires", reproduite dans le présent volume.

² D. BA, "Le problème de la compatibilité entre l'UEMOA et l'OHADA", in : *La libéralisation de l'économie dans le cadre de l'intégration régionale : le cas de l'UEMOA*, Actes du Colloque de Ouagadougou, 16-17 décembre 1999, Publications du CEEI, n° 3 (2001).

sociétés et le droit des contrats constituaient les socles essentiels d'une économie libérale. Le droit des sociétés a fait l'objet d'un Acte uniforme ; il est donc logique d'estimer *a priori* que le deuxième pilier doit également retenir l'attention du Législateur uniforme. La manière dont le Législateur est susceptible d'intervenir peut, cependant, faire l'objet d'appréciations diverses.

9. En effet, le problème n'est pour autant pas résolu de savoir si, parce qu'il est un acte essentiel du droit des affaires, le contrat – au moins commercial – doit faire l'objet d'un acte d'unification du droit. En effet, il a pu être estimé que le droit des contrats commerciaux empruntait sa théorie générale à celle des contrats – civils et commerciaux – et que, par conséquent, la spécialité du droit des affaires lui commandait de ne pas s'immiscer dans la théorie générale du contrat mais plutôt de s'attacher à produire des normes uniformes sur les contrats spécifiquement commerciaux qui n'ont fait l'objet jusqu'à présent – hormis la vente commerciale, le bail commercial, le courtage, la commission et le contrat de transport – d'aucune manifestation d'intérêt de la part de l'OHADA. On pense, par exemple au crédit-bail, au franchising, au factoring, au contrat de concession exclusive, à tous les contrats de distribution, aux opérations liées à l'activité bancaire après, pour cette dernière catégorie de contrats, une étroite concertation avec l'UEMOA et la CEMAC. L'exposé sur les nouvelles tendances en matière de droit des obligations a montré le danger d'une telle approche. Il est, en effet, difficile d'asseoir un droit spécial des contrats sans être assis sur un droit général des contrats³. L'inflation de textes spéciaux – que l'on observe, par exemple dans le droit français des contrats – est susceptible de vider de sa substance le droit général des contrats. Il n'y a finalement plus de système mais une accumulation de textes divers, épars, parfois incohérents entre eux et par rapport à la théorie générale des contrats. On peut même se demander si le législateur – fût-il un législateur uniforme – est le mieux placé pour intervenir dans le domaine de la régulation des contrats spécifiques. N'est-il pas plus sage d'abandonner cette régulation à la pratique contractuelle, créatrice, innovante, encadrée, cependant, par la base fondamentale que constitue la théorie générale du contrat ? Dans une matière "philosophiquement" assez proche de celle du droit des contrats, parce que fondée elle aussi sur la liberté et l'autonomie des parties – la matière de l'arbitrage –, les législations contemporaines – et l'Acte uniforme OHADA sur l'arbitrage en est un exemple très éclairant –, les législateurs ont abandonné à la liberté des parties – et surtout des arbitres et des règlements des centres permanents

³ Cf. la communication présentée par Eleanor CASHIN RITAINE, "Nouvelles tendances en matière de droit des obligations : quel droit s'applique ?", reproduite dans le présent volume.

d'arbitrage – l'essentiel de tout ce qui concerne la procédure, la conduite de l'instance arbitrale. Cette liberté est cependant encadrée par les principes solides du droit processuel : égalité des parties dans la procédure, principe du contradictoire. Le droit des contrats pourrait utilement s'inspirer de cette approche : des principes et règles générales solides, clairs et précis, des contenus de contrats spécifiques forgés et irrigués pour l'essentiel par la pratique contractuelle. On respecterait ainsi la sage maxime de PORTALIS selon laquelle la loi doit poser des principes et des règles générales et ne pas se perdre dans le détail de réglementations – si justement rappelée dans ce Colloque.

10. Si l'on peut donc admettre que le contrat commercial, en tant qu'acte du droit des affaires, a besoin d'une théorie générale bien davantage que de réglementations spéciales des différents contrats commerciaux, on en arrive à la justification d'un Acte uniforme sur le droit des contrats commerciaux. On n'a cependant pas résolu la question de savoir si une telle théorie générale peut également s'appliquer aux contrats civils. La question a déjà dû être traitée dans de précédents actes uniformes. Chaque fois que cette question s'est posée, les rédacteurs des actes uniformes ont choisi de couvrir la dimension civile du concept ou de l'institution traitée. Il en est ainsi, par exemple, pour l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage qui s'applique "à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des Etats parties"⁴. C'est aussi la solution retenue pour le droit des sûretés dont les dispositions de l'Acte uniforme s'appliquent tant aux sûretés civiles que commerciales⁵. La solution doit-elle être différente pour la théorie générale du contrat ? Fondamentalement, ceci revient à se poser la question de savoir si ce qui est utile et raisonnable pour le contrat commercial peut également être utile et raisonnable pour le contrat civil ? Lors de l'examen de la comparaison entre les Principes d'UNIDROIT (initialement prévus pour les contrats du commerce international mais qu'il n'est pas interdit d'étendre à tous les contrats) et la théorie générale des contrats en droit français (telle que contenue dans le Code civil français et donc s'appliquant à tous les contrats), on a pu mesurer que rien, dans les Principes d'UNIDROIT, ne heurte brutalement la théorie générale française actuelle des contrats⁶. Le dépassement du caractère commercial originel des Principes d'UNIDROIT s'est d'ailleurs concrétisé dans le droit positif de plusieurs Etats qui ont entrepris de

4 Art. 1^{er} de l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage.

5 Art. 1^{er} de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés.

6 Cf. la communication présentée par Jean-Michel JACQUET, "Le droit français des contrats et les Principes d'UNIDROIT", reproduite dans le présent volume.

moderniser leur droit des obligations civiles et commerciales. On a cité le droit des obligations de la Fédération de Russie, de la Lettonie et une communication entière a été réservée à l'un de ces pays, la Chine⁷. La même démarche a prévalu dans certains pays à propos du droit de l'arbitrage. On sait que la CNUDCI a proposé une loi type sur l'arbitrage commercial international. Plusieurs Etats ont intégré l'essentiel des dispositions de cette loi type en ne limitant pas l'objet aux seuls arbitrages internationaux mais en l'étendant à tous types d'arbitrages, civils et commerciaux, internes ou de droit international privé. Le droit OHADA de l'arbitrage n'a d'ailleurs pas utilisé une autre démarche par rapport aux dispositions de droit français sur l'arbitrage international qui constituent la source d'inspiration essentielle du droit OHADA de l'arbitrage qui s'applique aux arbitrages civils et commerciaux, internes ou de droit international privé. Par ailleurs, lorsqu'on fait une nouvelle loi, fût elle uniforme, c'est vraisemblablement parce que l'on estime que le nouveau régime juridique est meilleur que l'ancien. En l'absence de raison essentielle visant à réduire le champ d'application de la nouvelle législation, il est souhaitable de lui donner le plus large champ d'application possible. Dans le cas qui nous occupe, cela implique, comme cela a été suggéré de faire bénéficier les contrats civils des avancées proposées par l'Acte uniforme sur le droit des contrats⁸. Il faut aussi invoquer des raisons de praticabilité du droit. La limitation du domaine de cet Acte aux seuls contrats commerciaux rendrait excessivement complexe le droit des obligations contractuelles. On aurait, en effet, deux régimes juridiques distincts pour les obligations contractuelles – l'un pour les obligations contractuelles civiles régies par le Code civil, l'autre pour les obligations contractuelles commerciales régies par un Acte uniforme – en attendant, un troisième régime différent pour les contrats de consommation. C'est l'une des raisons pour lesquelles l'extension de l'Acte uniforme aux contrats civils et commerciaux est la solution préconisée par l'auteur de l'avant-projet⁹.

11. Cette question est cependant obscurcie dans le droit OHADA par des considérations institutionnelles, ou plus précisément juridictionnelles, tenant à la compétence de la CCJA. On fait, à juste titre, valoir que l'extension du projet

⁷ Cf. la communication présentée par ZHANG Shaohui, "L'influence des Principes d'UNIDROIT dans la réforme du droit chinois des obligations", reproduite dans le présent volume.

⁸ Cf. la communication présentée par Dorothé C. SOSSA, "Le champ d'application de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : contrats en général / contrats commerciaux / contrats de consommation", reproduite dans le présent volume.

⁹ Cf. la communication présentée par Marcel FONTAINE, "L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : vue d'ensemble", reproduite dans le présent volume.

d'Acte uniforme aux contrats civils conduirait à l'engorgement de la CCJA et au dépouillement, voire au dénuement des Cours de cassation nationales. L'observation est sans nul doute exacte sous réserve que le contentieux contractuel civil constitue une large part du contentieux soumis aux juridictions nationales¹⁰. Cette observation peut conduire à deux attitudes : soit, comme cela vient d'être dit, à refuser d'étendre le projet d'Acte uniforme aux obligations contractuelles civiles, soit s'interroger sur la CCJA elle-même puisqu'elle constitue un frein à une harmonisation d'ensemble raisonnable et utile du droit des contrats civils et commerciaux et engendre une complexité accrue et inutile du droit des obligations contractuelles. Certes, ce n'était pas à proprement parler l'objet du Colloque, bien que la question ait été soulevée dans la première communication sur la problématique actuelle de l'harmonisation du droit des affaires¹¹. Est-il opportun de conserver les attributions actuelles de la CCJA ? Pour notre part, mais nous exprimons ici une opinion personnelle qui n'a pas été émise au Colloque, il y a bien longtemps que nous estimons, pour différentes raisons, que la CCJA devrait être transformée en une Cour de renvoi préjudiciel en interprétation – à l'instar de la Cour de justice des Communautés européennes de Luxembourg. Cela permettrait d'établir des relations de complémentarité entre les juridictions nationales et la CCJA en lieu et place de relations conflictuelles¹².

II. LES REFERENTS JURIDIQUES DE L'HARMONISATION

12. Le Secrétariat permanent de l'OHADA avait confié à l'expert chargé de rédiger l'avant-projet d'Acte uniforme la mission de choisir les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international comme source d'inspiration ou comme modèle dans la rédaction de l'avant-projet. Les Principes d'UNIDROIT devaient donc constituer le référent juridique essentiel du nouveau droit des contrats. Le rédacteur s'est bien entendu conformé à la mission qui lui était confiée et a expliqué pourquoi il ne s'est pas, à juste titre, écarté inutilement des Principes d'UNIDROIT. Le souci de bénéficier de l'important travail de réflexion doctrinale autour des Principes et d'application judiciaire ou arbitrale des constituait la raison essentielle de cette attitude de

¹⁰ Cf. SOSSA, *supra* note 8.

¹¹ Cf. la communication présentée par Jean Yado TOE, "La problématique actuelle de l'harmonisation du droit des affaires par l'OHADA", reproduite dans le présent volume.

¹² P. MEYER, "La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA" (Communication au colloque organisé par le Barreau du Niger sur "La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace UEMOA", Niamey, 21-22 mars 2006), *Rec. Penant* (2006), 151-175.

“coller” le plus possible aux Principes. Toutefois, ceux-ci ont été complétés lorsqu’ils étaient lacunaires pour constituer un ensemble complet de droit des obligations (condition, solidarité par exemple).

13. Toute régulation juridique dans le domaine des relations privées se doit de concilier deux catégories d’intérêts : les intérêts des personnes privées (des cocontractants dans le domaine qui retient notre attention) et l’intérêt général ou social. L’intérêt des personnes privées est consacré dans le projet d’Acte uniforme par la consécration du principe de la liberté contractuelle (et son corollaire logique le caractère en principe supplétif du droit des contrats) qui emporte des conséquences au point de vue de la conclusion du contrat, de son contenu et de son exécution. Il n’y a là rien de très nouveau par rapport au régime du Code civil français si ce n’est que le principe de la liberté contractuelle est solennellement affirmé par le projet d’Acte uniforme alors qu’il est certain mais exprimé de façon implicite par l’article 6 du Code civil. L’intérêt général suppose que la liberté contractuelle soit encadrée ou surveillée par l’ordre public, le droit impératif et les causes de nullité absolue. Sur ce point également, le projet d’Acte uniforme se conforme aux canons essentiels de la législation en droit privé. Les références à l’ordre public, aux bonnes mœurs et aux dispositions impératives de la loi (art. 3/1) sont, maniés avec prudence et sagesse par les juges, des outils essentiels de surveillance et d’encadrement du contrat.

14. De façon plus précise, les Principes d’UNIDROIT, du point de vue substantiel, se caractérisent par :

1. la confirmation des principes de base du droit des contrats (liberté contractuelle, bonne foi, consensualisme),
2. l’ouverture aux pratiques et usages contractuels (*hardship*, force majeure, clauses d’intégralité),
3. la protection du contrat (gestion de l’inexécution ou des vices affectant le contrat en vue de sa sauvegarde),
4. la protection de la partie faible (lésion, réduction de la clause pénale excessive, exigence de bonne foi),
5. l’incorporation d’avancées récentes du droit des contrats (devoir de collaboration, interdiction de se contredire).

Ces différents éléments constituant la substance des Principes d'UNIDROIT ont fait l'objet d'analyses lors des ateliers qui se sont tenus durant la deuxième partie du Colloque ¹³.

15. Du point de vue de leur forme, les Principes d'UNIDROIT constituent une des pièces du *soft law* dont l'une des communications présentées a montré l'importance dans les sources actuelles du droit des obligations ¹⁴. On a cependant pu constater que la vocation du *soft law* est de contribuer à la formation du *hard law*. Cette "*hardisation*" du *soft law* peut se réaliser à travers son influence dans des codifications législatives internes ou internationales. Plusieurs exemples nous ont été cités : l'influence des Principes d'UNIDROIT dans la récente codification néerlandaise du droit des obligations, dans la réforme chinoise du droit des obligations, dans la Convention des Nations Unies sur la vente commerciale internationale. On observe aussi cette pénétration du *soft law* dans le droit positif à travers la pratique contractuelle. L'analyse d'une partie de la jurisprudence arbitrale de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) en matière de droit des contrats a témoigné de cette insertion des Principes dans les sources du droit ¹⁵ pour autant que l'on admette – en bonne compagnie avec Hans Kelsen – que les contrats constituent une source du droit au même titre que la loi.

16. Au-delà de ces considérations, on peut s'interroger légitimement sur l'opportunité d'avoir choisi les Principes d'UNIDROIT comme source essentielle d'inspiration du projet de nouveau droit uniforme africain des contrats. En effet, ce choix a suscité diverses réactions dont certaines sont loin d'être positives.

17. Il faut laisser de côté des critiques ponctuelles dont certaines sont peut-être fondées et qui n'ont pas été examinées attentivement lors de ce

¹³ Cf. les communications présentées par : Kalongo MBIKAYI, "La confirmation des principes de bonne foi et de loyauté dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats"; Sibidi Emmanuel DARANKOUM, "La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution"; Christine CHAPPUIS, "Le renoncement à la cause et à la "consideration" dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats"; Etienne MONTERO, "L'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : L'adéquation aux contrats électroniques"; Jacqueline LOHOUES OBLE, "L'autonomie des parties : le caractère supplétif des dispositions de l'avant-projet d'Acte uniforme l'OHADA sur le droit des contrats"; SOSSA, *supra* note 8 ; Félix ONANA ETOUNDI, "Formalisme et preuve des obligations contractuelles dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats", reproduites dans le présent volume.

¹⁴ Cf. CASHIN RITAINE, *supra* note 3.

¹⁵ Cf. la communication présentée par Emmanuel JOLIVET, "L'harmonisation du droit OHADA des contrats : l'influence des Principes d'UNIDROIT en matière de pratique contractuelle et d'arbitrage", reproduite dans le présent volume.

Colloque. Quelques-unes ont été évoquées. Ainsi, en est-il, par exemple, de l'absence de la définition de l'objet. Est-il besoin de rappeler qu'il n'est pas souhaitable que le Législateur se substitue à la doctrine. Le Législateur a pour mission d'imprimer des normes de comportement et non de fournir des définitions juridiques. Il revient à la jurisprudence et à la doctrine de préciser et de rationaliser les normes de comportement édictées par le Législateur. Les rédacteurs du Code civil français l'avaient d'ailleurs parfaitement compris en ne définissant pas davantage la notion d'objet. La doctrine a ainsi pu préciser ce que l'on pouvait entendre par objet dans le Code civil, ceci visant tantôt l'objet du contrat, tantôt l'objet des obligations, tantôt l'objet des prestations. Le caractère incomplet du projet a aussi été avancé. Une communication a, cependant, pu observer que le projet comporte 244 articles, soit bien davantage de dispositions que celles portant sur les obligations des législations malienne et sénégalaise de droit positif¹⁶.

18. L'opportunité d'une loi peut se mesurer par rapport à différents critères. En d'autres termes, différents points de vue peuvent être utilisés pour juger de l'opportunité et du bien ou mal fondé des choix portés par une loi.

19. Un des critères d'examen d'opportunité fréquemment évoqué lors de ce Colloque est l'objectif d'universalité qui permettrait de transcender les différences juridiques et les nationalismes juridiques. Dans sa dernière édition du "Code vert" de l'OHADA, le professeur DAVID évoque cette question par rapport à l'ouverture possible de l'OHADA à des Etats qui ne participent pas à la tradition juridique française¹⁷. On pense, en particulier, à des Etats anglophones ressortissant à la famille juridique de la *common law*. Plusieurs communications ont insisté sur le fait que les Principes d'UNIDROIT et le projet d'Acte uniforme qui s'en inspire ne relèvent ni du *civil law* ni de la *common law*. Une des communications a ainsi vu dans ce projet un moyen de surmonter, dans les pays de l'OHADA, les frontières juridiques issues de la colonisation qui permettrait d'asseoir une certaine universalité¹⁸. En ce sens, l'Afrique pourrait constituer un modèle dont pourrait s'inspirer d'autres expériences d'intégration. Le régional africain serait ainsi un modèle d'universalité. Cette recherche d'universalité ne se fera cependant pas sans difficultés. La recherche d'universalité suppose, en effet, de se départir de certains concepts,

¹⁶ Cf. SOSSA, *supra* note 8.

¹⁷ Jacques DAVID, *Avant Propos, OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope (2008), 2^{ème} éd., 11.

¹⁸ Cf. DARANKOUM, *supra* note 13 ; également, la communication présentée par S.K. Date-Bah, "The Preliminary Draft OHADA Uniform Act on Contract Law as Seen by a Common Law Lawyer", reproduite dans le présent volume.

de certaines habitudes, de certains types de raisonnement. Dans le domaine du droit, comme dans beaucoup d'autres domaines, ce qui est nouveau, ce qui est moins bien connu, ce qui est partiellement étranger fait peur.

20. S'agissant du *civil law*, la communication présentée sur le droit français des contrats et les Principes d'UNIDROIT devrait cependant nous rassurer¹⁹, ces derniers ne constituant nullement une rupture par rapport au premier. Dans certains domaines, comme celui de la formation du contrat, les principes constituent même dans une très large mesure une codification de la pratique jurisprudentielle. Cela permettrait ainsi une clarification du droit français de la formation du contrat. Certes, sur bien des points les Principes d'UNIDROIT s'écartent de certaines solutions du droit légal français (*hardship*, gestion de l'inexécution plutôt que fin anticipée du contrat). Je préciserai droit "légal" car il ne faut pas oublier que le droit contractuel français, en raison des dispositions très généralement supplétives du droit général des obligations, intègrent déjà ce type de solutions. S'agissant du *civil law*, on peut donc parler d'évolution et non de rupture, encore moins de révolution. Il ne faudrait quand même pas que l'attachement, davantage sentimental que rationnel, à certaines notions – je pense à la cause largement évoquée lors de ce Colloque – entrave une évolution souhaitable du droit des contrats.

21. Un autre critère de jugement d'opportunité réside dans la praticabilité, la simplicité, l'accès relativement aisé au texte. Il a été très justement fait remarquer qu'entre le Code civil français et les Principes, les "principes" ne se trouvaient pas là où la terminologie le laissait suggérer. Les Principes d'UNIDROIT sont rédigés dans un style accessible, débarrassé du jargon inutile, et sont relativement précis. Le droit civil français des obligations n'est souvent compréhensible que par rapport à l'abondante jurisprudence qui a permis de le préciser. Je défie quiconque parmi cette auguste assemblée de décrire le droit français de la formation du contrat à la lecture des seules dispositions du Code civil. Certes, il serait déraisonnable d'estimer que les Principes n'ont nul besoin d'interprétation. La lecture des commentaires qu'UNIDROIT publie sont là pour en attester.

22. Un autre critère de jugement d'opportunité réside dans la capacité de la législation nouvelle à accueillir de nouvelles pratiques. Une des communications a examiné, sur ce point, les Principes d'UNIDROIT par rapport à de nouveaux modes de formation du contrat ayant recours à des techniques électroniques. Il est, en effet, certain que la dématérialisation du contrat engendrée par le recours à des techniques électroniques a des implications sur

¹⁹ Cf. JACQUET, *supra* note 6.

la forme et la preuve du contrat. Le résultat de cette analyse a permis de constater que les règles générales du droit des contrats contenues dans les principes ne constituaient pas un frein à l'essor du commerce électronique. Des aménagements devront toutefois être apportées dans la formulation de certaines dispositions, par exemple sur les prises d'effet des notifications ²⁰.

23. Les Principes d'UNIDROIT sont relativement jeunes. Ils n'ont pas connu l'expérience d'une intégration de longue durée dans un système juridique national. En ce sens, ils constituent quand même un pari pour l'avenir. Il n'est donc pas possible de conclure car nous sommes engagés dans un processus dont ne nous ne connaissons pas l'issue, et à supposer que l'issue soit celle de l'adoption du projet d'Acte uniforme, dont ne nous ne connaissons pas les résultats à moyen ou long terme. En ce sens, je ne peux que conclure sur une interrogation. Mais celle-ci est souvent la forme secrète d'une attente, d'un espoir.



²⁰ Cf. MONTERO, *supra* note 13.