



INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW
INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

UNIDROIT 2004
Etude LXV/L – Acte uniforme OHADA
Droit des contrats – Doc. 2
Original: français

ACTE UNIFORME OHADA SUR LE DROIT DES CONTRATS

NOTE EXPLICATIVE A L'AVANT-PROJET

Rédigée par Marcel FONTAINE

Professeur émérite, ancien Directeur du Centre de droit des obligations,
Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain, Belgique
et membre du Groupe d'étude d'UNIDROIT pour la préparation des Principes

à la demande de l'Institut international de l'unification du droit privé (UNIDROIT)

pour transmission au Secrétariat Permanent de l'OHADA
septembre 2004

Rome, septembre 2004

ACTE UNIFORME OHADA SUR LE DROIT DES CONTRATS

NOTE EXPLICATIVE A L'AVANT-PROJET

Rédigé par Marcel FONTAINE

Professeur émérite, ancien Directeur du Centre de droit des obligations,
Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain, Belgique
et membre du Groupe d'étude d'UNIDROIT pour la préparation des Principes

à la demande de l'Institut international de l'unification du droit privé (UNIDROIT)

pour transmission au Secrétariat Permanent de l'OHADA
septembre 2004

SOMMAIRE

I.	INTRODUCTION – CONSULTATIONS PRELIMINAIRES	3
II.	LES PRINCIPES D'UNIDROIT	4
	A. Elaboration, contenu et portée	4
	B. Accueil favorable reçu par les Principes	5
	C. Avantages du choix du modèle	6
III.	ETAT ACTUEL DU DROIT DES CONTRATS DANS LES PAYS DE L'OHADA	7
IV.	PRINCIPES DE BASE	7
	A. Rester proche du modèle	7
	B. Tenir compte des spécificités africaines	8
V.	PRINCIPALES QUESTIONS	10
	A. Contrats commerciaux ou droit commun des contrats ?	11
	B. La question du formalisme	14
	C. L'accueil de conceptions nouvelles	17
	D. Les matières non traitées par les Principes d'UNIDROIT	24
	E. La coordination avec les autres Actes uniformes OHADA	26
VI.	L'INTRODUCTION DE L'ACTE UNIFORME SUR LES CONTRATS DANS LES LEGISLATIONS NATIONALES	31

I. INTRODUCTION – CONSULTATIONS PRELIMINAIRES

1. L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) possède déjà plusieurs Actes uniformes à son actif. L'œuvre d'harmonisation se poursuit conformément aux projets arrêtés par le Conseil des Ministres de l'institution. A sa réunion tenue à Bangui en mars 2001, le Conseil a décidé que le Programme d'harmonisation du droit des affaires inclurait également "(...) le droit de la concurrence, le droit bancaire, le droit de la propriété intellectuelle, le droit des sociétés civiles, le droit des sociétés coopératives et mutualistes, le droit des contrats, le droit de la preuve".

En ce qui concerne l'Acte projeté sur le droit des contrats, le Conseil des Ministres, suite à sa réunion de Brazzaville de février 2002, a demandé au Secrétariat Permanent de l'OHADA de prendre contact avec l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT).

2. UNIDROIT est une organisation intergouvernementale indépendante. Depuis 1926, l'Institut travaille à la préparation d'instruments internationaux (conventions, lois uniformes, principes etc.) dans les domaines du droit commercial international et du droit privé uniforme en général. Basé à Rome (Italie), UNIDROIT agit sur mandat de ses Etats membres (59 Etats des cinq continents avec différents niveaux de développement économique, et représentant les différentes traditions juridiques), ainsi qu'en collaboration avec des Etats non membres, des organisations intergouvernementales régionales et universelles, ainsi que des institutions nationales, notamment universitaires et professionnelles ¹.

Parmi ses réalisations récentes, UNIDROIT a mis au point des *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, qui ont d'emblée connu un retentissement particulier. C'est pour cette raison que l'OHADA a pris contact avec UNIDROIT dans la perspective de l'élaboration projetée d'un Acte uniforme sur le droit des contrats.

3. UNIDROIT a donné une suite favorable à la demande du Conseil des Ministres de l'OHADA, en proposant que le soussigné (Professeur émérite, ancien Directeur du Centre de droit des obligations, Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain, Belgique et membre du Groupe d'étude d'UNIDROIT pour la préparation des *Principes*) apporte son expertise à la préparation d'un avant-projet. Le Gouvernement suisse (Direction du développement et de la Coopération) a accepté d'apporter le soutien financier nécessaire à l'entreprise.

Les objectifs et les modalités du processus d'élaboration ont été convenus conjointement par les Secrétariats de l'OHADA et d'UNIDROIT et la Coopération suisse.

4. Quant à la méthode, il a paru essentiel que le rapporteur procède à de nombreuses consultations avant d'entreprendre l'élaboration d'un avant-projet. Les *Principes* d'UNIDROIT sont pris comme modèle, mais il importe de tenir compte des spécificités africaines.

Dans cet esprit, trois voyages ont été effectués dans un échantillon d'Etats Parties de l'OHADA proposé par le Secrétariat Permanent, en novembre 2003 (Sénégal, Mali, Burkina-Faso), février 2004 (Gabon, Congo-Brazzaville, Cameroun) et avril 2004 (Togo, Guinée-Bissau, Guinée-Conakry). Dans chaque pays, un "facilitateur" désigné par le Ministre de la Justice a organisé un grand nombre de contacts entre l'expert et des spécialistes des différents milieux juridiques : hauts fonctionnaires, magistrats, avocats, notaires, professeurs, représentants des milieux économiques, etc. ...

¹ Pour plus d'information sur UNIDROIT, voir le site Internet : <www.unidroit.org>.

Au total, c'est plus de 100 personnes que nous avons été amené à rencontrer, au cours d'entretiens particulièrement instructifs où nous avons recueilli informations, réactions et suggestions sur l'état actuel du droit des contrats dans les différents pays, sur le projet d'Acte uniforme en soi, sur le choix des *Principes* d'UNIDROIT comme modèle, sur les spécificités africaines à prendre en considération, sur les grandes options à prendre dans la réalisation de l'avant-projet. Un questionnaire que nous avons élaboré a servi de canevas aux entretiens². Lors de notre mission à Yaoundé, nous avons bénéficié en outre d'un contact direct avec le Secrétariat Permanent de l'OHADA.

Ces contacts préliminaires ont été exceptionnellement éclairants pour le rapporteur. Par ailleurs, de très nombreux interlocuteurs ont dit apprécier cette possibilité d'exprimer des avis dès ce stade du projet, sans attendre la procédure organique de consultation qui aura lieu une fois l'avant-projet déposé.

Le nombre de pays visités devait nécessairement être circonscrit. Toutefois, une consultation plus large a été organisée avec la coopération d'UNIDROIT, par l'envoi du questionnaire à des spécialistes des autres pays membres. De nombreuses réponses ont été reçues.

C'est avec le bénéfice de ces nombreux contacts préliminaires que le présent avant-projet a été élaboré.

II. LES PRINCIPES D'UNIDROIT

5. Quelques mots de présentation s'imposent quant au modèle retenu par le Conseil des Ministres de l'OHADA pour l'élaboration de l'avant-projet sur le droit des contrats.

A. Elaboration, contenu et portée des *Principes* d'UNIDROIT

6. Publiés pour la première fois en 1994, les *Principes* d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international sont l'aboutissement de nombreuses années de recherches et de discussions de droit comparé. Ils ont été élaborés par un Groupe de travail spécial composé de représentants des principaux systèmes juridiques du monde ; l'Afrique y était représentée par un expert ghanéen et un spécialiste égyptien. Les *Principes* consistent en une codification de textes couvrant les principaux aspects du droit des contrats (formation, validité, interprétation, exécution et inexécution), accompagnés de commentaires détaillés et d'illustrations. La deuxième édition, publiée en 2004, a été augmentée de nouvelles dispositions traitant notamment de la représentation, des stipulations au bénéfice de tiers, de la transmission des obligations, de la compensation et de la prescription extinctive³.

L'édition de 1994 des *Principes* d'UNIDROIT existe à ce jour dans sa version complète (textes, commentaires et illustrations) en quinze langues différentes, et les seules règles ont été traduites dans de nombreuses autres langues. L'édition de 2004 existe déjà en anglais et en français, et est en cours de traduction dans de nombreuses autres langues. Le site Internet d'UNIDROIT (www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm) reproduit la version complète de l'édition 1994 des *Principes* d'UNIDROIT (avec les commentaires), et les textes de l'édition 2004, ainsi qu'un ensemble d'informations sur leur mise en œuvre.

² Le texte de ce questionnaire est reproduit en Annexe à la présente Note explicative.

³ Sur cette nouvelle édition, cf. M.J. BONELL, "UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law", *Uniform Law Review / Revue de droit uniforme* 2004, 5-40.

7. Les *Principes* ont pour ambition de proposer un droit des contrats adapté à l'environnement commercial international moderne. Leurs sources d'inspiration sont multiples : les différents droits nationaux, spécialement ceux qui ont subi des réformes récentes, la jurisprudence étatique et arbitrale, la doctrine comparative, certaines solutions déjà consacrées par d'importants instruments internationaux préexistants, comme la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Mais les *Principes* ne manquent pas de faire acte d'innovation là où cela est apparu opportun. On relèvera que les *Principes* d'UNIDROIT sont proches des *Principes du droit européen du contrat* (les deux instruments ayant été élaborés de façon parallèle)⁴, qui constituent une base importante dans le processus d'élaboration de la partie sur le droit des obligations du futur Code civil européen⁵.

Les *Principes* d'UNIDROIT, il faut le souligner, ne constituent pas en soi un instrument obligatoire. Il s'agit d'un modèle mis à la disposition des législateurs, des parties, des juges et des arbitres.

B. Accueil favorable reçu par les Principes

8. L'initiative a rapidement rencontré le succès. Dix ans à peine après leur adoption, les *Principes* d'UNIDROIT ont acquis une très large reconnaissance.

Les indications sont nombreuses de leur utilisation dans la pratique contractuelle. Tantôt, certaines dispositions des *Principes* sont reprises comme stipulations contractuelles ; tantôt, les parties choisissent les *Principes* comme règles de droit applicables à leur contrat. A cet égard, certains contrats modèles récents préparés par des organisations internationales recommandent une référence aux *Principes* d'UNIDROIT dans la clause de loi applicable⁶, ou invitent à tenir compte des *Principes* pour l'application et l'interprétation des règles relatives aux droits et obligations des parties⁷.

Les *Principes* d'UNIDROIT ont déjà fait l'objet d'applications jurisprudentielles (étatiques mais surtout arbitrales) très fréquentes. Les décisions connues à ce jour s'élèvent à près d'une centaine de cas⁸. La liste s'accroît de mois en mois.

De très nombreux colloques et séminaires de nature académique ou professionnelle sont consacrés aux *Principes*. Ceux-ci sont de plus en plus souvent intégrés dans l'enseignement universitaire du droit du commerce international. Ils sont commentés par une doctrine très abondante examinant le fond de leurs dispositions, leurs relations avec les droits nationaux ou

⁴ *Principles of European Contract Law*, Parties I et II, O. LANDO et H. BEALE éd., La Haye, 2000 ; Partie III, O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM et R. ZIMMERMANN éd., La Haye, 2003 - cf. O. LANDO, "Principles of European Contract Law", *Revue de droit des affaires internationales*, 1997, 189-202 ; *Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par G. Rouhette, Société de Législation Comparée, Paris, 2003. Pour une comparaison systématique des deux instruments, cf. M.J. BONELL et R. PELEGGI, "UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Principles of European Contract Law: a Synoptical Table", *Uniform Law Review / Revue de droit uniforme*, 2004, 315-396.

⁵ Cf. Chr. VON BAR, "Le groupe d'études sur un code civil européen", *Revue internationale de droit comparé*, 2001, 127-139.

⁶ Cf. A. MOURRE et E. JOLIVET, "La réception des Principes d'UNIDROIT dans les contrats modèles de la Chambre de Commerce Internationale", *Uniform Law Review / Revue de droit uniforme*, 2004, 275-293.

⁷ Cf. J.P. VULLIET, "Le contrat-type pour les *Joint Ventures* contractuelles du Centre du Commerce International au regard des Principes d'UNIDROIT et d'autres normes d'unification du droit des contrats", *Uniform Law Review / Revue de droit uniforme*, 2004, 295-314.

⁸ Cf. les cas publiés sur le site Internet <www.unilex.info>.

les autres instruments internationaux, et leur application pratique par les opérateurs économiques et les tribunaux ⁹.

Enfin, les *Principes* d'UNIDROIT sont rapidement devenus une référence nécessaire pour les initiatives nationales de réforme du droit des contrats depuis le début des années 1990. A des degrés divers, leurs règles ont inspiré des projets et de nouvelles législations dans plusieurs pays importants (entre autres en Russie, en Estonie, en Lituanie, en Allemagne, en Argentine et en Chine) ¹⁰.

C. Avantages du choix du modèle

9. C'est dans ce contexte qu'à la demande de son Conseil des Ministres, l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires a choisi les *Principes* d'UNIDROIT comme modèle pour la préparation d'un projet d'Acte uniforme sur les contrats.

Le choix présente de nombreux avantages. Au cours des voyages préparatoires que nous avons effectués, nous avons toujours recueilli sur ce point des appréciations très favorables.

L'initiative est perçue comme l'occasion de réaliser une harmonisation sur base de textes modernes sur le plan de la technique juridique, élaborés par des juristes relevant des différents systèmes juridiques et connaissant déjà une remarquable consécration internationale. Ces avantages sont appréciés dans des pays où le droit des contrats a généralement peu évolué depuis l'indépendance. L'ouverture vers un droit plus universel (et non plus lié à une seule tradition juridique) est également vue de manière très positive, dans le cadre de la "mondialisation" qui était sur les lèvres de presque tous les interlocuteurs. Ce dernier aspect apparaît comme avantage évident au moment où l'OHADA pourrait s'ouvrir à d'autres pays d'Afrique ^{10bis}. D'autre part, se doter d'un droit des contrats inspiré de règles déjà reconnues et appréciées sur le plan international est de nature à rassurer et à attirer les investisseurs.

A l'occasion d'un colloque tenu à Dakar en 1977, le Professeur X. BLANC-JOUVAN écrivait déjà que l'unification du droit des obligations répondait "à une véritable nécessité, en raison de la multiplication des échanges et des rapports commerciaux Tout le monde reconnaît qu'il est de l'intérêt général d'élaborer une sorte de "droit commun" ... Mais il est vrai qu'une telle œuvre est difficile et qu'elle ne peut être réalisée que sur base d'un compromis, grâce à des concessions réciproques. Ce droit uniforme que l'on entend établir ne peut donc être aucun des droits actuellement existants : ce doit être obligatoirement un droit nouveau et original" ¹¹. Les *Principes* d'UNIDROIT répondent à ces caractéristiques.

⁹ Voir notamment les bibliographies publiées régulièrement dans la *Uniform Law Review* / *Revue de droit uniforme* publiée par UNIDROIT.

¹⁰ Sur ces différents aspects de la large reconnaissance déjà obtenue par les *Principes* d'UNIDROIT, cf. J.M. BONELL, *An International Restatement of Contract Law* (New York), 2^{ème} éd., 1997, 229-254.

^{10bis} Cf. S.K. DATE-BAH, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of the Principles of Commercial Contracts in West and Central Africa – Reflections on the OHADA Project from the Perspective of a Common Lawyer from West Africa", *Uniform Law Review* / *Revue de droit uniforme*, 2004, 269-274.

¹¹ X. BLANC-JOUVAN, "La résistance du droit africain à la modernisation", *Revue sénégalaise de droit*, 1977, 33.

III. ETAT ACTUEL DU DROIT DES CONTRATS DANS LES PAYS DE L'OHADA

10. Un bref rappel est opportun concernant l'état actuel du droit des contrats dans les pays de l'OHADA. Il est basé sur les données rassemblées au cours des visites effectuées dans neuf des pays membres et sur les autres sources que nous avons pu consulter.

De manière générale, chaque pays a conservé le droit des contrats hérité de la période coloniale. Le droit relève donc de la tradition portugaise en Guinée-Bissau, espagnole en Guinée équatoriale, belge en R.D. du Congo et française dans tous les autres pays¹². Le Cameroun offre la particularité de réunir la tradition française et celle de la *common law*.

Très peu de pays se sont dotés d'une nouvelle législation sur les contrats ou les obligations. On citera au Sénégal, la loi du 10 juillet 1963 relative à la partie générale du Code des obligations civiles et commerciales, en Guinée-Conakry, le Code civil de 1983 et au Mali, la loi du 29 août 1987 fixant régime général des obligations¹³. Ces textes présentent leurs spécificités, mais ils restent fondamentalement dans la ligne de la tradition française¹⁴. Ailleurs, ce sont toujours les textes introduits par les anciennes puissances coloniales qui sont d'application (ou, pour les anglophones du Cameroun, la *common law* dans son état au moment de l'indépendance)¹⁵.

Nos interlocuteurs nous ont tous dit que les développements doctrinaux et jurisprudentiels de l'ancienne métropole étaient toujours suivis, mais dans la mesure des possibilités matérielles (difficultés d'accès à l'actualité). Dans la plupart des pays de la région, la doctrine est rare, et la jurisprudence locale très mal connue. Les réformes législatives intervenues en Europe ne sont guère reprises.

Il en résulte que le droit des obligations contractuelles n'a plus guère évolué depuis près d'un demi-siècle (à part les nouvelles codifications intervenues dans les trois pays cités). Une modernisation s'impose de toute évidence, et l'adoption d'un Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats en serait l'occasion.

IV. PRINCIPES DE BASE

11. Deux principes de base ont gouverné l'élaboration du présent avant-projet. Ces lignes directrices avaient été proposées à nos interlocuteurs lors des voyages préparatoires (voir le point 10 du questionnaire) ; elles ont recueilli le plus large assentiment.

A. Rester proche du modèle

12. En premier lieu, l'Acte uniforme doit s'écarter le moins possible du modèle des *Principes* d'UNIDROIT.

¹² Sur l'introduction du Code civil dans les anciennes colonies françaises, cf. K. MBAYE, "Le destin du Code civil en Afrique", dans *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire* (Paris), 2004, 515-537.

¹³ En dehors de la sphère OHADA, on évoquera également l'importante loi malgache du 2 juillet 1966 sur la théorie générale des obligations.

¹⁴ Le Code guinéen de 1983 a certes subi l'influence de la pensée marxiste, mais il se révèle toujours très proche de la tradition française. D'après les informations recueillies, un projet de nouveau Code civil est en chantier dans ce pays, qui tendrait à un retour vers cette tradition.

¹⁵ Sur cette "stabilité parfaite" du droit des obligations dans la plupart des Etats africains, cf. R. DECOTTIGNIES, "La résistance du droit africain à la modernisation du droit des obligations", *Revue sénégalaise de droit*, 1977, 61-62.

Un des principaux avantages de s'inspirer de ces *Principes* est que ces derniers constituent une codification de qualité déjà largement connue sur le plan international. Les Principes inspirent une abondante doctrine et font l'objet de nombreuses applications jurisprudentielles. Dotés d'une nouvelle législation sur les contrats alignée sur ces *Principes*, les pays de l'OHADA disposeraient d'emblée du bénéfice de cette littérature (sans oublier les "commentaires" qui accompagnent déjà les différentes dispositions des Principes dans leurs éditions officielles) et de cette jurisprudence. D'autre part, comme les Principes ont déjà inspiré des réformes du droit des contrats dans plusieurs autres pays, l'harmonisation réalisée dans le cadre de l'OHADA viendrait s'intégrer dans un mouvement d'harmonisation encore plus large.

On ajoutera un avantage non négligeable pour les pays de l'OHADA. Des traductions des textes des *Principes* sont immédiatement disponibles en de nombreuses langues, dont l'anglais, l'espagnol et le portugais, ce qui facilitera le moment venu l'élaboration des versions linguistiques correspondantes du futur Acte uniforme.

Pour ces différentes raisons, la plupart des dispositions de l'avant-projet reprennent les textes des *Principes* d'UNIDROIT sans leur apporter de modification.

B. Tenir compte des spécificités africaines

13. Ce qui précède trouve un correctif important dans la seconde ligne directrice suivie : l'avant-projet doit néanmoins comporter les aménagements nécessaires en vue de tenir compte des spécificités africaines, particulièrement celles des pays de l'OHADA. Cette question a été au centre de tous les entretiens que nous avons eus lors des voyages préliminaires.

Mais qu'entend-on par "*spécificités africaines*" ? L'expression appelle des précisions, car elle peut évoquer des réalités différentes.

- Par "*spécificités africaines*", fait-on allusion au droit traditionnel des pays africains en cause, tel qu'il existait avant la colonisation et tel qu'il connaît encore certains domaines d'application ?

Autant ce droit traditionnel connaît des manifestations bien connues dans des domaines tels que celui du droit de la famille, autant il paraît difficile d'identifier son contenu en droit général des contrats. Nous avons posé la question de manière répétée lors de nos voyages préparatoires ("*quelles sont donc les règles applicables si j'achète des fruits sur le marché de Bamako ?*"), et aucun de nos interlocuteurs n'a pu nous donner de réponse précise. S'il existe encore des normes autochtones pour régir les échanges contractuels locaux, elles sont en tout cas mal connues. Les études portant sur le droit africain traditionnel ont d'ailleurs révélé que si celui-ci connaît des contrats spécifiques originaux ¹⁶, il ne paraît pas avoir développé de théorie générale des contrats ¹⁷.

Certains nous ont précisé qu'à leur avis, les usages locaux qui peuvent subsister, adaptés à des échanges économiques de faible ampleur, ne sont guère pertinents dans la perspective d'un Acte uniforme sur le droit des contrats. Le but de l'harmonisation projetée est de fournir aux pays de l'OHADA un cadre juridique commun leur permettant de participer à armes égales aux échanges dans le contexte d'une économie mondialisée.

¹⁶ Cf. par exemple les différents contrats décrits par S.K. DATE-BAH, "Communication sur le droit des obligations civiles", *Revue sénégalaise de droit*, 1977, 81-89 (formes spécifiques de contrats de vente de terre, de bail, de garantie, de travail, etc. ...). Cf. aussi MBAYE, *supra* note 12, 531 (le "contrat du berger", le "contrat du tisserand", le "contrat du pêcheur", etc. ...).

¹⁷ DATE-BAH, *supra* note 16, 80 ; S. MELONE, "Les résistances du droit traditionnel au droit moderne des obligations", *Revue sénégalaise de droit*, 1977, 46, 47.

15. L'expression "*spécificités africaines*" peut également se référer aux traditions juridiques actuelles des différents pays.

Les systèmes juridiques issus des pays colonisateurs ont été importés il y a plus d'un siècle ¹⁸, et ils ont largement été maintenus après les indépendances. Les juristes contemporains des pays de l'OHADA raisonnent comme des juristes français, espagnols, portugais, belges ou anglais. Il n'est certainement pas inexact de dire que la "*spécificité*" de pays comme le Sénégal, le Togo ou le Gabon est d'appartenir à la tradition juridique française, celle de la Guinée-Bissau est de relever de la sphère du droit d'inspiration portugaise, etc. ...

Nous avons cependant rencontré quelques résistances à cette vision, quelques interlocuteurs soulignant que malgré l'accoutumance, le droit importé n'était pas ressenti comme véritablement approprié.

En outre, pareille "*spécificité*" ne fournit pas de dénominateur commun à l'harmonisation projetée. Ce sont plusieurs "*traditions juridiques*" différentes qui co-existent. Si les droits d'inspiration française sont les plus nombreux, ils ne s'identifient pas avec les autres systèmes. Certes, le droit d'origine belge de la R.D. du Congo est-il très proche ; mais le droit d'origine espagnole de la Guinée équatoriale l'est moins, et le droit d'origine portugaise de la Guinée-Bissau encore moins. Quant au système juridique appliqué dans la partie anglophone du Cameroun, il relève d'une autre "*famille juridique*", celle de la *common law*.

Dans cette acception du terme, il n'y a pas de "*spécificité*" commune dont l'avant-projet puisse tenir compte.

16. Il semble que par "*spécificités africaines*", il faille finalement entendre les circonstances de fait et les données sociologiques qui prévalent dans les différents pays, et qui peuvent avoir une incidence sur le choix des règles juridiques les plus appropriées.

A cet égard, deux caractéristiques ont été soulignées par tous nos interlocuteurs dans les pays visités lors des missions préparatoires. Elles paraissent essentielles.

17. Le premier phénomène est celui d'un *analphabétisme* encore largement répandu. Les taux varient considérablement selon les pays, mais dans tous les cas, ils restent importants.

Les règles juridiques relatives aux conditions de formation des contrats, aux modes de preuve, à la mise en place de formalités diverses ne peuvent évidemment manquer de tenir compte du fait que la plupart des justiciables sont illettrés. Nous y reviendrons de manière attentive ¹⁹.

18. Dans la plupart des pays, notre attention a également été attirée sur la *faiblesse généralisée de la "culture juridique"*. Les règles de droit sont ignorées ou très mal connues des justiciables. En cas de difficulté ou de litige, très peu font appel au système judiciaire et aux professions juridiques ; la plupart préfèrent d'autres modes de règlement des différends ... ou se résignent à leur sort. Le phénomène se manifesterait aussi, nous a-t-on souvent dit, à travers l'incompétence plus ou moins grave de bon nombre de magistrats.

¹⁸ Sur ce processus, cf. notamment BLANC-JOUVAN, *supra* note 11, 23-30, MBAYE, *supra* note 12, 518-524. Une influence antérieure, importante dans certaines régions, est celle du droit coranique (cf. DATE-BAH, *supra* note 16, 80 ; MBAYE, *idem*, 520).

¹⁹ L'analphabétisme avait déjà été mis en évidence au colloque de Dakar de 1977 comme la principale spécificité dont il fallait tenir compte dans la perspective de l'adaptation du droit aux réalités africaines : cf. les conclusions du Doyen MELONE, *supra* note 17, 254.

Ce manque de "*culture juridique*" représente malheureusement une autre spécificité actuelle de la plupart des pays de l'OHADA. Mais comment y faire face dans une œuvre d'harmonisation du droit des contrats ?

La solution ne nous paraît pas de prévoir un droit des contrats simplifié, limité à un certain nombre de règles élémentaires de compréhension aisée. Ce ne serait pas la bonne manière de doter les pays de l'OHADA d'une armature juridique susceptible d'attirer les investisseurs et de permettre aux Etats membres de participer à armes égales aux échanges internationaux. Il est souhaitable que le droit harmonisé des contrats contienne des règles sophistiquées quant au processus de formation, quant aux sanctions de l'inexécution, quant à la transmission de ces obligations.

Les problèmes en cause ne sont d'ailleurs aucunement spécifiques au droit des contrats. Ils se posent sur un plan général, et singulièrement à propos des autres Actes uniformes OHADA déjà en vigueur. Partout, nous avons entendu des préoccupations relatives à l'application effective de ces Actes, mal connus du grand public, voire même dans certains milieux juridiques, et mal compris lorsqu'ils sont pris en considération.

Le remède consiste dans la poursuite et l'intensification des efforts d'information et de formation déjà entrepris. L'on songe en particulier à l'action bénéfique de l'*Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature* instituée par l'OHADA. C'est progressivement, au prix d'efforts inlassables, que ces problèmes de culture juridique et de compétence seront atténués.

Il est certain qu'une importante campagne de diffusion devra être organisée après l'adoption de l'Acte uniforme sur le droit des contrats. Elle pourra certainement bénéficier du soutien d'UNIDROIT. Elle sera facilitée par l'abondance des commentaires auxquels le modèle choisi, les *Principes* d'UNIDROIT, a déjà donné lieu.

V. PRINCIPALES QUESTIONS

19. La mission qui nous a été confiée prévoyait que l'avant-projet serait "*accompagné de notes ... expliquant les solutions proposées mais ne constituant pas un commentaire à proprement parler*". Il n'est en effet pas apparu nécessaire de prévoir un commentaire détaillé des différents articles, puisque pareil commentaire est déjà disponible, avec des illustrations, dans les *Principes* d'UNIDROIT, dont la plupart des dispositions sont reprises telles quelles.

Le présent document explicatif constitue les "*notes*" en cause. Dans les pages qui précèdent, nous avons déjà pu émettre une série de considérations générales relatives à l'avant-projet. Il reste à entrer dans le détail des principales questions où la transposition des *Principes* d'UNIDROIT a mérité une réflexion particulière et où l'avant-projet s'écarte parfois du modèle, ou le complète.

Nous nous limiterons aux questions essentielles. Le texte de l'avant-projet assortit chaque article d'une indication selon laquelle le texte est identique à celui des *Principes* ("= Pr.U. art. ..."), similaire ("comp. Pr.U. art. ...")²⁰ ou "nouveau".

20. L'élaboration de l'avant-projet a fait en effet apparaître un certain nombre de questions importantes. Cinq d'entre elles se détachent. Le futur Acte uniforme instaurera-t-il un droit particulier pour les contrats commerciaux, ou un droit commun applicable à tous contrats, tant civils que commerciaux ? Compte tenu du taux généralement élevé d'analphabétisme, le droit des contrats doit-il être formaliste ou non formaliste ? Certaines des innovations qu'introduira

²⁰ Dans bien des cas, les textes "similaires" n'ont subi que des adaptations de pure forme.

un Acte uniforme inspiré par les *Principes* d'UNIDROIT ne risquent-elles pas de susciter des problèmes d'adaptation ? Comment régir, dans l'avant-projet, les matières non couvertes par les *Principes* d'UNIDROIT ? Comment assurer une bonne coordination avec les autres actes uniformes ?

A. Contrats commerciaux ou droit commun des contrats ?

21. L'Acte uniforme sur le droit des contrats ne doit-il concerner que les contrats commerciaux, ou son application doit-elle être élargie aux contrats en général, y compris donc les contrats civils ?

La première réponse qui vient à l'esprit est que l'Acte projeté ne devrait régir que les contrats commerciaux. L'OHADA n'a-t-il pour objectif d'harmoniser le *droit des affaires* ? Le modèle choisi, les *Principes* d'UNIDROIT, ne concerne-t-il pas les contrats du *commerce international* ?

Cependant, lors de nos voyages préparatoires, nous avons pu nous rendre compte que sur ce point, les avis étaient très partagés, mais qu'une tendance majoritaire était bien apparente. Un tiers environ de nos interlocuteurs préféreraient effectivement que l'Acte uniforme sur les contrats limite son champ d'application aux contrats commerciaux. Mais les deux tiers environ préconisent l'extension de la portée à tous les contrats sans distinction.

22. La question doit être bien comprise. On parle ici du régime général des contrats, c'est-à-dire des règles communes sur la formation, l'exécution, l'inexécution, l'interprétation, etc. ..., et non du cas de contrats particuliers. Des régimes spécifiques continueront de toute façon à exister pour certains contrats essentiellement "*civils*", comme le contrat de mariage, ou "*commerciaux*", comme le courtage ou la commission. Mais il s'agit de déterminer si les pays de l'OHADA disposeront à l'avenir d'un droit *commun* des contrats, unique pour toutes les opérations tant civiles que commerciales, ou si le droit nouveau ne s'appliquera qu'aux contrats commerciaux, les contrats civils restant soumis aux droits nationaux respectifs.

23. Enumérons les principaux arguments respectifs que nous avons entendus.

- En faveur de la dualité :
 - La compétence de l'OHADA est limitée au droit des affaires. Selon un interlocuteur, une "ingérence" dans le domaine des contrats civils constituerait "une altération non justifiée de la nature de l'Organisation et de sa production normative".
 - Droit commercial et droit civil ont des finalités différentes ; les exigences de simplicité et de rapidité du premier ne dominent pas le second.
 - L'unification aggraverait le transfert de compétence des cours nationales à la Cour d'Abidjan et le problème corrélatif de l'accès à la justice ²¹.
- En faveur d'un droit des contrats unifié :
 - Des précédents existent d'extension du champ d'application d'Actes uniformes OHADA aux opérations civiles. Il en est ainsi en matière d'arbitrage, de sûretés et de procédures de recouvrement. L'article 2 du Traité OHADA permet au Conseil des Ministres de définir la portée de ce qu'il faut entendre par "*droit des affaires*".

²¹ Sur cette préoccupation, cf. également L. BENKEMOUN, "Quelques réflexions sur l'OHADA, 10 ans après le Traité de Port-Louis", *Recueil Penant*, 2003, 135-137.

- Prévoir deux droits des contrats susciterait des difficultés de départage ; plusieurs interlocuteurs ont mis en évidence le problème des contrats mixtes conclus entre commerçants et consommateurs.
- Il n'y a pas de théorie générale des contrats commerciaux ; la seule théorie générale des contrats est celle qui se trouve actuellement dans le Code civil, et elle vaut comme tronc commun pour tout le droit privé.
- L'unification permettra de moderniser la codification civile.
- Le débat sur la commercialité est "*dépassé*"²². Des codes ou lois couvrant ensemble les obligations tant civiles que commerciales existent déjà dans plusieurs pays, tels que la Suisse et l'Italie, mais aussi le Sénégal et le Mali.

24. Nous pensons que cette importante question de principe du champ d'application de l'Acte uniforme projeté doit être tranchée dans le cadre des procédures de consultation et de décision de l'OHADA. Qu'il nous soit cependant permis d'exprimer notre avis.

Comme pour la majorité des personnes rencontrées, notre préférence va dans le sens d'un droit des contrats unifié, donc d'un Acte uniforme s'étendant tant aux contrats civils qu'aux contrats commerciaux.

Les obstacles liés au domaine de compétence de l'OHADA ne sont sans doute pas décisifs. Le Conseil des Ministres dispose effectivement d'un pouvoir d'appréciation quant au champ d'application du droit des affaires ; à plusieurs reprises déjà, des Actes uniformes se sont étendus aux opérations civiles – les cas ont été cités. On soulignera d'ailleurs que la décision prise en 2001 à Bangui par le Conseil des Ministres est d'élaborer un acte uniforme sur le "*droit des contrats*", formule générale exempte de toute restriction.

Les préoccupations exprimées relatives à l'extension constante des compétences de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (et aux dessaisissements corrélatifs des cours suprêmes nationales, ainsi qu'aux entraves possibles à l'accès à la justice) traduisent peut-être certaines difficultés réelles. Toutefois, ces questions ne doivent pas dicter la solution d'un problème qui concerne un Acte particulier. Leur portée est générale et les remèdes doivent être trouvés dans un réexamen éventuel des compétences et des moyens d'action de la Cour.

25. Sur le fond, il faut bien avoir à l'esprit que si l'on optait pour un Acte uniforme limité au droit des contrats commerciaux, les contrats civils resteraient soumis aux droits nationaux actuels, faisant ainsi coexister dans chaque pays deux droits des contrats. Pareil système dualiste créerait une situation à la fois regrettable, complexe et insolite.

Regrettable, car les contrats civils resteraient soumis à des règles qui dans la plupart des pays, n'ont plus guère évolué depuis les indépendances, alors que les contrats commerciaux seraient soumis à une réglementation incorporant les avancées les plus récentes. Ce serait priver les justiciables non commerçants du bénéfice de la modernisation du droit.

Complexe, car la coexistence de deux droits des contrats susciterait des difficultés de départage ; l'on songe en particulier aux contrats "*mixtes*", conclus entre commerçants et consommateurs. L'insécurité juridique qui serait ainsi créée aggraverait les problèmes de méconnaissance du droit évoqués plus haut.

Insolite, car cette situation, où coexisteraient deux régimes complets, comportant d'importantes différences, du droit des contrats, ne s'est guère présentée dans l'histoire²³.

²² En ce sens également, X. BLANC-JOUVAN, "L'influence du Code civil sur les codifications étrangères", in : *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire* (Paris), 2004, 498.

Presque partout et toujours, c'est un seul droit général des contrats qui prévaut, applicable tant aux contrats civils qu'aux contrats commerciaux, quitte à ce que des distinctions apparaissent sur quelques rares questions particulières. Les exigences de simplicité et de rapidité sont des caractéristiques reconnues du droit commercial, mais elles ne se traduisent guère par des règles spécifiques en droit des contrats. La matière de la preuve est presque le seul exemple qui vienne à l'esprit ²⁴.

On soulignera d'ailleurs que dans la situation actuelle des différents pays de l'OHADA, il n'existe qu'un seul droit général des contrats. Dans les pays toujours régis par les Codes civils importés lors de la colonisation, le droit commun des contrats inscrit dans ces Codes s'applique tant aux contrats commerciaux qu'aux contrats civils, sous réserve de quelques particularités. Quant à la loi sénégalaise du 10 juillet 1963, elle traite à la fois des obligations civiles et commerciales. Il en est de même de la loi malienne du 29 août 1987 fixant régime général des obligations. Au Cameroun anglophone, la *law of contracts* ne fait pas de distinction. En Guinée-Conakry, il existe un important "*Code des activités économiques*" qui régleme notamment certains contrats commerciaux, mais le régime général des obligations contractuelles reste inscrit dans le Code civil.

26. Sur le plan de la rédaction des textes, retenir la solution de l'unité ne poserait guère de difficulté. Il s'agirait essentiellement de formuler en conséquence le texte relatif au champ d'application de l'Acte uniforme, et d'être attentif aux quelques aspects où des règles spécifiques aux contrats civils ou commerciaux seraient appropriées. On vient cependant de dire que ces aspects seraient très peu nombreux.

Compte tenu de la préférence qui vient d'être exprimée, l'avant-projet qui vous est soumis retient *a priori* la solution d'un Acte uniforme applicable tant aux contrats civils qu'aux contrats commerciaux ²⁵. Nous proposons cependant une variante, où l'Acte ne s'appliquerait qu'aux contrats commerciaux, mais où les législateurs nationaux se verraient dotés de la faculté d'étendre l'application de l'Acte aux contrats en général (ce qui nous paraîtrait souhaitable).

27. La question de l'unité ou de la dualité prend une autre dimension avec le projet d'Acte uniforme sur les contrats de consommation. Dans la pire des hypothèses, les pays de l'OHADA se verraient régis non pas par deux, mais par trois législations différentes sur les contrats ! Nous verrons cependant que cette éventualité ne risque pas de se réaliser. Nous reviendrons plus loin à ce projet d'Acte uniforme sur les contrats de consommation (*cf. infra*, n° 69 et 70, à propos de la coordination du présent projet avec d'autres Actes uniformes).

²³ Si ce n'est à l'époque où certains pays socialistes européens disposaient de codifications distinctes pour les contrats du commerce international ; la Tchécoslovaquie a même connu la coexistence de trois codes, un code civil, un code économique (pour les contrats du Plan) et un code du commerce international.

²⁴ On peut également songer à la mise en demeure, que l'on peut concevoir moins formaliste en droit commercial ; mais le présent avant-projet, conformément à son modèle, ne soumet à aucune exigence particulière de forme les notifications prévues en cas d'inexécution (*cf.* art. 1/9, applicable notamment aux art. 7/5 et 7/14). D'autre part, l'avant-projet généralise la présomption de solidarité (art. 10/8, 1°), que certains droits réservaient aux engagements commerciaux.

²⁵ Il en résulte que la référence faite par deux articles des *Principes* d'UNIDROIT à la "*branche commerciale considérée*" (art. 4.3 et 5.1.7) a été remplacée par une référence à la notion plus large de "*secteur considéré*" (art. 4/3 et 5/7 de l'avant-projet), et que, dans d'autres dispositions, des références au "*domicile*" sont venues s'ajouter à celles de l' "*établissement*" (Pr. U., art. 1.10, 1.12 et 6.1.14, avant-projet, art. 1/9, 1/11 et 6/18).

B. La question du formalisme

28. Compte tenu du taux généralement élevé d'analphabétisme, le droit des contrats doit-il être formaliste ou non formaliste ?

On l'a rappelé plus haut, l'illettrisme est un phénomène largement répandu dans les pays de l'OHADA, encore qu'à des degrés divers. La majorité des justiciables ne savent ni lire ni écrire. Quelles conséquences faut-il en tirer dans la mise au point d'un droit des contrats adapté aux réalités africaines ? La question se pose chaque fois que le droit prévoit, ou pourrait prévoir, le recours à l'écrit, qu'il s'agisse de conditions de formation, d'exigences probatoires ou de formalités en cours de contrat, comme une notification.

29. Sur ce point, les Principes d'UNIDROIT écartent tout formalisme. D'après l'article 1.2, "*Ces Principes n'imposent pas que le contrat, la déclaration ou tout autre acte soit conclu ou constaté sous une forme particulière. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins*" ²⁶.

30. Dans les pays de l'OHADA, le degré répandu d'analphabétisme doit-il conduire à considérer que l'absence de formalisme est la solution qui s'impose par la force des choses ? Ou faut-il au contraire penser que les illettrés méritent une protection particulière au moment de s'engager dans des liens contractuels, et que celle-ci doit venir d'exigences de forme ?

Sur cette question essentielle, les opinions entendues au cours de nos différentes missions, se sont avérées très diversifiées.

31. D'une part, la "*tradition de l'oralité*" est bien présente en Afrique, et elle ne constitue pas un obstacle aux opérations économiques. Bien des hommes d'affaires les plus prospères de la région sont analphabètes. Un interlocuteur nous a même confié son sentiment que les analphabètes sont "*les plus roublards*", et qu' "*un analphabète explique mieux le mécanisme de la lettre de crédit qu'un banquier ou un professeur de droit*" !

Certains des interlocuteurs rencontrés, notamment parmi les représentants des milieux économiques, préconisent une large absence de formalisme ²⁷. La réalité africaine est l'analphabétisme : le droit doit donc être aussi simple que possible. En matière de contrats, la preuve devrait être libre, quel que soit le montant. Le droit de l'OHADA est souvent trop compliqué. Il faut simplifier les procédures ; tel était le but d'un projet naguère soutenu en Guinée Bissau par les Etats-Unis, avant la guerre de 1998, pour alléger le formalisme hérité du droit portugais.

32. En sens contraire, une minorité des interlocuteurs rencontrés souhaiterait voir instaurer un formalisme de l'écrit absolument généralisé ²⁸. Cette dernière tendance est surtout répandue chez les notaires, qui se sont montrés les plus favorables à un formalisme étendu (insistant sur le rôle de conseil qu'ils peuvent jouer à cette occasion).

²⁶ Cf. également les art. 1.10 (forme des notifications) et 1.11 (définition de l'écrit), devenus les art. 1/9 et 1/10 de l'avant-projet.

²⁷ Cf. aussi l'avis du Doyen MELONE : "*L'idée générale est d'enlever à l'écrit le rôle prépondérant comme système de preuve. C'est donc une régression du formalisme qu'il faut organiser ...*", *supra* note 17, 51). Cet auteur insiste sur l'importance donnée à la parole et au geste dans la formation du contrat au sein d'une société caractérisée par l'analphabétisme (*ibid.*, 50).

²⁸ Pour un de nos interlocuteurs, l'exigence d'un écrit serait conforme aux préceptes du droit coranique, influent dans certaines régions.

33. Entre ces deux extrêmes, la majorité des interlocuteurs se sont déclarés favorables à un certain degré de formalisme dans le droit des contrats.

34. On rappellera par ailleurs le précédent de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Reprenant la solution déjà consacrée par les Conventions de La Haye sur la vente de 1964, l'article 11 écarte tout formalisme : *"Le contrat de vente n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune condition de forme. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins"*. Mais cette consécration du consensualisme et de la liberté probatoire n'a été acceptée à la Conférence diplomatique d'adoption à Vienne qu'à la condition de permettre à tout Etat contractant dont la législation exige que les contrats de vente soient conclus ou constatés par écrit de déclarer l'article 11 inapplicable dès lors que l'une des parties y aurait son établissement (art. 12 et 96). Ce compromis répondait particulièrement aux souhaits de l'U.R.S.S. et d'autres pays alors socialistes. Neuf des 63 pays actuellement parties à la Convention de Vienne ont fait des déclarations en ce sens ²⁹.

Il est cependant remarquable qu'aucun des sept pays africains actuellement parties à la Convention de Vienne (Egypte, Ghana, Guinée, Lesotho, Mauritanie, Ouganda, Zambie) n'a fait usage de cette possibilité d'écarter l'article 11.

Quant aux pays de l'OHADA eux-mêmes, ils se sont largement inspirés des textes de la Convention de Vienne dans les dispositions sur la vente commerciale de l'Acte uniforme sur le droit commercial en général (on y reviendra *infra*, n° 59). Tel est le cas en matière de consensualisme et de la liberté de la preuve. L'article 208 prévoit que *"Le contrat de vente commerciale peut être écrit ou verbal ; il n'est soumis à aucune condition de forme. En l'absence d'un écrit, il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins"*. Le texte est très proche de l'article 11 de la Convention de Vienne (si ce n'est qu'il écarte la preuve par témoins lorsqu'un écrit a été établi).

Un commentateur note que *"La consécration du principe du consensualisme dans un acte régissant la vente commerciale ne saurait surprendre. La règle, du reste traditionnelle, se justifie principalement par les impératifs de célérité et de confiance qui caractérisent la vie des affaires. Elle est donc, en pratique, synonyme de rapidité et d'économie. En facilitant la conclusion des contrats, le consensualisme permet d'accroître l'activité commerciale et les échanges de services et de richesses"*. Néanmoins, *"la vie des affaires ne saurait s'accommoder de l'absence d'écrit ..."* et les auteurs de l'Acte uniforme *"ont fait preuve de sagesse : si le principe du consensualisme reçoit une consécration certaine, le recours à l'écrit n'est pas pour autant exclu"* ³⁰.

On retiendra donc que dans le droit OHADA préexistant, la vente commerciale est consensuelle, bien que le texte accorde une certaine importance à l'écrit. Il s'agit cependant d'une disposition qui ne concerne que des contrats conclus entre commerçants (art. 202) ³¹.

²⁹ Des voix s'expriment en Chine pour que le pays renonce à cette déclaration. Cf. W. XIAOLIN et C. BAASCH ANDERSEN, "The Chinese Declaration as to Form of Contracts under CISG – Time to Withdraw ?", *Uniform Law Review / Revue de droit uniforme*, 2003, 870-873.

³⁰ J.R. GOMEZ, "Un nouveau droit de la vente commerciale en Afrique", *Recueil Penant*, 1998, 156-157 ; cf. aussi E. NSIE, "La formation du contrat de vente commerciale en Afrique", *Recueil Penant*, 1999, 6 ; A. PEDRO SANTOS et J. YADO TOE, *OHADA, Droit commercial général* (Bruxelles), 2002, 351-352.

³¹ D'autres dispositions d'Actes uniformes préexistants proposent des solutions tantôt très libérales, tantôt plus exigeantes en matière de formation ou de preuve de certains contrats, comme le bail commercial, le mandat et le cautionnement ; on y reviendra (cf. *infra*, n° 63, 64, 65, 68 ; cf. aussi le n° 70 quant au projet d'Acte uniforme sur les contrats de consommation).

34. Les différents avis que nous avons rapportés et l'exemple de la vente commerciale montrent bien la complexité du problème et la variété des solutions possibles. Quelle solution adopter ?

On soulignera d'abord une nouvelle fois qu'il est ici question du droit général des contrats, c'est-à-dire des règles qui vont s'appliquer à défaut de régime particulier. Rien de ce qui sera inclus dans l'Acte uniforme sur les contrats ne fera obstacle à l'existence de règles spécifiques pour certains contrats particuliers, tels que par exemple les ventes immobilières, certains types de sociétés ou les contrats de consommation.

Il est par ailleurs concevable de prévoir un certain formalisme pour les contrats civils, et une absence de formalisme, ou un formalisme plus léger, pour les contrats commerciaux. Un Acte qui concernerait tant les contrats civils que les contrats commerciaux pourrait sur ce point prévoir des règles différentes.

Cela étant rappelé, quelles pourraient être, au niveau du droit commun, les modalités d'un formalisme de protection, applicable au moins aux contrats civils et répondant au phénomène de l'illettrisme ?

35. Des exemples sont fournis par certaines dispositions actuelles, comme l'article 20 de la loi sénégalaise, qui prévoit l'intervention de deux témoins certifiant dans l'écrit l'identité et la présence du contractant, et attestant que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés. Au Togo, on nous a décrit les mérites de la procédure "*d'affirmation*", par laquelle les parties comparaissent devant le maire ou le préfet, avec un interprète assermenté³². Toutefois, certains nous ont dit que de tels systèmes ne fonctionnent pas bien en pratique : la partie concernée hésite à recourir à cette formalité qui paraît trahir un manque de confiance envers le partenaire, et qui ne permet pas d'éviter certaines contestations ultérieures de mauvaise foi. D'autres attirent l'attention sur le coût du recours à un tiers, et parfois aussi sur les difficultés pratiques : il n'y a pas de notaire ni même de témoins lettrés dans tous les villages.

Il est aussi concevable de prévoir de fixer un seuil monétaire en dessous duquel les exigences de formalisme ne seraient pas d'application, comme dans le texte actuel de l'article 1341 du Code civil français.

36. Quelles sont finalement les positions prises par l'avant-projet qui vous est proposé ?

On sait que la question du formalisme se pose à plusieurs niveaux en droit des contrats, principalement comme condition de formation ou comme exigence probatoire. L'avant-projet retient cette distinction (art. 1/3).

- En premier lieu, faut-il subordonner la conclusion même d'un contrat à des exigences de forme ? C'est le propre des contrats dits solennels comme, dans les droits inspirés par le droit français, la donation ou l'hypothèque.

Il nous a semblé que le principe du consensualisme, déjà en vigueur dans tous les pays de l'OHADA, devait être maintenu au niveau du régime général. Un contrat se forme normalement par le seul échange des consentements. Il y a là un principe dont l'application tend à être universelle, et qui s'avère une condition indispensable de la fluidité des opérations économiques dans une économie de marché. L'article 1/3, 1° de l'avant-projet, inspiré sur ce point des *Principes* d'UNIDROIT (art. 1.2, première phrase), consacre ce principe fondamental.

³² En droit traditionnel, la présence de témoins traduirait l'aspect social du contrat, ainsi garanti par la collectivité (cf. MELONE, *supra* note 17, 47).

- Sur le plan probatoire, par contre, nous avons jugé opportun de ne pas nous prononcer dans l'avant-projet.

Un autre projet existe en effet de doter également les pays de l'OHADA d'un Acte uniforme sur le droit de la preuve. C'est dans ce dernier texte que les règles en cause devraient trouver naturellement leur place, l'Acte sur les contrats se bornant à y renvoyer. L'article 1/3, 2° de l'avant-projet renvoie pour la preuve aux règles spéciales qui la gouvernent. Si l'Acte sur les contrats entre en vigueur avant l'Acte sur la preuve, le renvoi se fera aux règles de preuve existant actuellement dans les différents pays. L'Acte uniforme sur la preuve prendra le relais au moment où il sera applicable.

Il nous paraît cependant très souhaitable que l'élaboration de l'Acte sur la preuve se fasse en tenant compte de l'Acte sur les contrats et des considérations ci-dessus, et qu'une concertation soit organisée le moment venu entre les experts respectifs. C'est dans cette perspective que nous avons maintenu les développements qui précèdent (n° 28-35), bien que l'avant-projet ne prenne finalement pas position en matière probatoire.

C. L'accueil de conceptions nouvelles

37. Dans les pays de l'OHADA, l'introduction d'un Acte uniforme inspiré par les *Principes* d'UNIDROIT apportera évidemment de nombreuses modifications aux manières d'appréhender et d'appliquer le droit des contrats tel qu'il existe actuellement. Pareille situation ne serait pas nouvelle ; elle s'est déjà produite dans les différents secteurs où des Actes uniformes sont intervenus. Mais le droit des contrats se situe au cœur de la culture juridique et les changements aux modes de penser peuvent y être ressentis de manière plus sensible. Comment certaines des lignes directrices et des solutions remarquables des *Principes* d'UNIDROIT seraient-elles reçues dans les pays de l'OHADA si l'Acte uniforme s'y conformait ?

Nous avons testé les réactions en soumettant à nos interlocuteurs une série de questions relatives à certaines prises de position des *Principes* d'UNIDROIT, soit sur des lignes directrices, soit sur des points particuliers. En général, l'accueil a été favorable, ce qui laisse présager que les nouveaux textes seraient bien accueillis. Mais certains points méritent une attention plus particulière.

1. Bonne foi – protection de la partie faible

38. Les *Principes* d'UNIDROIT placent un accent marqué sur la bonne foi (art. 1.7) et certaines de ses conséquences : interdiction de se contredire (art. 1.8), sanction de la mauvaise foi dans les négociations (art. 2.1.15), devoir de collaboration (art. 5.1.3), atténuation du préjudice (art. 7.4.8). Cette orientation est très caractéristique des développements récents du droit du commerce international, mais aussi du droit interne des contrats dans des pays comme la France et la Belgique (la bonne foi occupait depuis longtemps une place centrale en droit allemand).

Les droits des pays de l'OHADA de tradition civiliste reconnaissent déjà le principe de l'exécution de bonne foi des contrats, inscrit dans les Codes civils. Est-on cependant préparé à lui reconnaître le rôle accru que lui attribuent les *Principes* d'UNIDROIT ?

Sur ce point, les réponses ont été unanimement positives. L'avant-projet n'a donc pas cherché à s'écarter des dispositions précitées des *Principes* (cf. les articles 1/6, 1/7, 2/15, 5/3 et 7/26).

39. Bien qu'ils soient conçus pour les contrats commerciaux, les *Principes* d'UNIDROIT comportent néanmoins des dispositions sanctionnant des abus de la partie forte, comme en matière de lésion ("*avantage excessif*" – art. 3.10), de clauses exonératoires (art. 7. 1.6) et de clauses pénales ("*indemnité établie au contrat*" – art. 7. 4.13).

Ici également, l'opinion unanime de nos interlocuteurs a été que de telles approches protectrices de la partie faible seraient les bienvenues dans le nouveau droit uniforme. Des dispositions correspondantes ont donc été retenues dans l'avant-projet (art. 3/10, 7/6 et 7/31).

La question n'est pas sans intérêt en ce qui concerne les problèmes discutés plus haut relatifs au champ d'application du futur Acte uniforme. L'une des raisons invoquées par ceux qui voudraient séparer les règles applicables respectivement aux contrats civils et aux contrats commerciaux est que les particuliers méritent plus de protection contre les contrats léonins et les clauses abusives que les commerçants. Or les *Principes* d'UNIDROIT ont pris l'option d'introduire des règles protectrices de la partie faible dans le droit des contrats commerciaux eux-mêmes. Si l'Acte uniforme étendait son champ d'application aux contrats civils, comme nous le proposons, les particuliers bénéficieraient donc déjà de ces règles protectrices.

Il devra également en être tenu compte dans la mise au point de l'Acte uniforme sur les contrats de consommation. On y reviendra (*cf. infra*, n° 69-70).

2. Bouleversement des circonstances

40. Les *Principes* d'UNIDROIT prévoient la possibilité de renégocier le contrat en cas de bouleversement des circonstances ("*hardship*" – art. 6.2. 1 à 6.2.3). Or certains des systèmes juridiques des pays de l'OHADA, inspirés du droit français, rejettent l'imprévision.

L'option prise par les *Principes* a généralement reçu un accueil favorable (environ les trois quarts des opinions). Beaucoup ont évoqué la dévaluation du franc CFA, qui a laissé de mauvais souvenirs. La renégociation des contrats lors de changements de circonstances serait d'ailleurs conforme à la réalité africaine. Pareille disposition serait particulièrement utile dans le contexte d'instabilité que connaît l'Afrique.

Une minorité est par contre hostile. Précisément, dans un tel contexte d'instabilité, la possibilité de remettre en cause les contrats risquerait selon certains d'aggraver les choses. On craint d'ouvrir la porte à la mauvaise foi.

Nous partageons cependant l'avis de la majorité des personnes consultées, et nous proposons de maintenir tels quels les textes sur le bouleversement des circonstances³³. Il importe de souligner que le régime mis en place est assorti de nombreuses sauvegardes contre les utilisations abusives. L'article 6/22 de l'avant-projet commence par rappeler fermement le principe de la convention-loi : "*Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes ...*". Les conditions dans lesquelles le contrat pourra malgré tout être remis en cause sont ensuite énumérées de manière très restrictive, et la procédure mise en place (renégociation préalable entre les parties, intervention du juge) présente toutes les garanties contre les recours abusifs (art. 6/23 et 6/24).

³³ Nous proposons cependant de remplacer le terme "*hardship*" (qui se justifie dans des *Principes* appelés à régir des contrats internationaux où le terme est d'usage courant) par l'expression "*bouleversement des circonstances*" (mieux appropriée pour la version française de l'avant-projet).

3. Résolution du contrat pour inexécution

41. Une autre solution retenue par les *Principes* d'UNIDROIT s'écarte sur une question importante du régime que le Code civil français a introduit dans bon nombre des pays de l'OHADA. En cas de manquements graves d'une partie à un contrat synallagmatique, l'autre partie peut souhaiter mettre fin au contrat. Les dispositions inspirées par le Code civil français (art. 1184) prévoient que pareille résolution doit être demandée en justice. Les *Principes* d'UNIDROIT disposent au contraire que "*La résolution du contrat s'opère par notification au débiteur*" (art. 7.3.2).

Les avis recueillis sur ce point sont partagés, mais inégalement.

Une minorité des interlocuteurs (environ un tiers) préférerait conserver le caractère judiciaire de la résolution. Celle-ci ferait obstacle aux abus, aux résolutions arbitrairement provoquées de manière unilatérale par le plus fort.

La majorité se rallie par contre à la solution de la résolution par simple notification. Celle-ci est perçue comme satisfaisant aux exigences de rapidité. Elle simplifie la procédure, elle est de nature à désengorger les tribunaux. Elle est dans la ligne de la "*déjudiciarisation*" souhaitée par l'OHADA. Elle serait d'ailleurs conforme aux faits, le recours au juge n'intervenant que si la résolution est contestée.

42. Conforté par cette opinion dominante, nous avons sur ce point maintenu dans l'avant-projet la résolution par notification prévue par les *Principes* d'UNIDROIT.

Il faut souligner qu'en droit comparé, cette solution s'est imposée presque partout. Sous des modalités diverses, la résolution pour inexécution peut être unilatérale notamment en droit allemand, en droit suisse, en droit néerlandais, en droit italien, en droit portugais, en droit du Québec, en *common law* et dans l'important instrument international qu'est la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (art. 49 et 64). La résolution judiciaire peut prévenir des abus, mais elle présente l'inconvénient majeur de retarder de plusieurs mois, si ce n'est de plusieurs années, la solution d'une crise contractuelle qui peut être aiguë : il est souvent urgent pour le contractant lésé de pouvoir se dégager du contrat pour trouver un autre partenaire. En droit belge, la jurisprudence la plus récente, soutenue par la doctrine, reconnaît à présent la validité d'une résolution par déclaration unilatérale dans certaines circonstances, malgré l'article 1184 du Code civil toujours en vigueur dans ce pays³⁴. Une évolution analogue paraît s'amorcer en France³⁵. La pratique tend d'ailleurs à assurer ce résultat en stipulant des clauses résolutoires expresse.

Quant au risque d'abus, il faut souligner que la partie la plus forte n'est pas nécessairement celle qui recherche la résolution du contrat. Le système de la résolution judiciaire permet à un partenaire dominant de persévérer dans ses manquements à ses obligations en spéculant sur le fait que l'autre partie sera rebutée par la nécessité de s'adresser au juge pour obtenir la résolution du contrat.

D'autre part, la résolution par simple notification est assortie de garanties. Elle ne peut intervenir qu'en cas d' "*inexécution essentielle*" au sens de l'article 7/13 ; en cas de retard, elle est subordonnée à l'octroi d'un délai supplémentaire (art. 7/5). Dans tous les cas, le contrôle

³⁴ Cf. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, Chronique de jurisprudence – Les obligations : les sources (1985-1995), *Journal des Tribunaux* (Bruxelles), 1996, 740-742.

³⁵ Cf. Chr. JAMIN, "Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ?", in : M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles* (Bruxelles et Paris), 2001, 451-512.

judiciaire n'est pas écarté : il ne s'exerce plus *a priori*, mais il est toujours possible *a posteriori*. Une partie qui aurait résolu le contrat de manière non justifiée pourrait se voir elle-même condamnée pour cette rupture fautive ³⁶.

43. L'introduction en droit commun des contrats d'une résolution pour inexécution par simple déclaration pose néanmoins un problème d'harmonisation avec les dispositions sur la vente commerciale de l'Acte uniforme sur le droit commercial en général. On y reviendra (*cf. infra*, n° 61).

4. Cause et consideration

44. Les *Principes* d'UNIDROIT ne recourent pas aux concepts de "*cause*" (familier à certains systèmes juridiques de *civil law*) et de "*consideration*" (caractéristique des systèmes de *common law*). L'Acte uniforme peut-il également en faire l'économie ?

L'abandon de la notion de *cause* a surpris de nombreux interlocuteurs de tradition juridique française : comment concevoir un droit des contrats sans ce concept fondamental ? Mais au Cameroun, nous avons pu entendre une réaction parallèle, et tout à fait similaire, de la part de *common lawyers* : comment imaginer un contrat sans *consideration* ?

La confrontation de ces deux réactions montre bien le problème qu'ont dû résoudre les rédacteurs des *Principes* d'UNIDROIT. La notion de cause n'est connue que dans certains pays de la famille romano-germanique (tels que la France, l'Espagne ou le Portugal), mais non dans tous : elle ne joue pas ce rôle en droit allemand ³⁷ ; par ailleurs, elle est ignorée de la *common law*. Quant à la notion de *consideration*, elle est propre à la *common law* et absente des droits romano-germaniques. Une harmonisation du droit des contrats à vocation universelle ne pouvait dès lors retenir aucun de ces deux concepts, chacun trop spécifique à tels ou tels systèmes juridiques. Nous pensons que le problème se pose de la même façon pour l'harmonisation OHADA : aucune des deux notions n'est commune à l'ensemble des pays.

Malgré le rôle de condition essentielle que paraissent respectivement jouer les notions de "*cause*" et de "*consideration*" dans les droits qui retiennent l'une ou l'autre, il importe de souligner qu'il est parfaitement possible de construire un droit des contrats viable sans y recourir. C'est le cas du droit allemand. C'est aussi le cas des *Principes* d'UNIDROIT, et nous le pensons, de l'avant-projet d'Acte uniforme resté à cet égard conforme au modèle. Mais les différentes conséquences que le droit français et la *common law* attachent respectivement aux concepts de *cause* et de *consideration* ne sont pas écartées pour autant ; là où elles sont souhaitables, elles sont atteintes par d'autres voies.

45. Quels rôles la notion de *cause* joue-t-elle en droit français et par quels moyens l'avant-projet atteint-il les mêmes objectifs ?

- La notion de cause sert d'abord à sanctionner l'illicéité, par la condamnation des contrats ayant une cause illicite ; l'illicéité est également recherchée au niveau de

³⁶ L'attention est attirée sur le fait que pour des raisons analogues, l'annulation d'un contrat par une partie se fait également par notification à l'autre partie (art. 3/16), sans nécessité d'une demande en justice (le contrôle judiciaire s'exerce également *a posteriori*). Par ailleurs, la compensation s'exerce aussi par notification à l'autre partie (art. 8/3), alors qu'en droit français, la compensation légale joue de plein droit. Le système de la notification, ainsi généralisé, concilie les exigences de rapidité et de sécurité.

³⁷ Cf. K. ZWIGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, éd. 1977, II, 69 ; le droit allemand ne connaît la notion de cause que dans le contexte de l'enrichissement "*sans cause*". Cf. aussi H. KÖTZ et A. FLESSNER, *European Contract Law*, Oxford, 1997, I, 54 : "*The concept is quite unknown elsewhere in Europe ...*".

l'objet du contrat. L'avant-projet atteint le même résultat par la formule générale de l'article 3/1 ("*Sont nuls tout contrat ou toute clause : a) contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ; b) contraires aux dispositions impératives de la loi, sauf si la loi en dispose autrement*").

- Toute une jurisprudence s'est développée en France autour de l'absence de cause ³⁸. Les tribunaux annulent des contrats ou des clauses où la contrepartie paraît faire défaut. Sous l'empire de l'avant-projet inspiré des *Principes* d'UNIDROIT, de telles situations peuvent être adéquatement traitées par application, selon les cas, des dispositions telles que celles qui concernent l'impossibilité initiale d'exécution (art. 3/3), les vices du consentement, notamment l'erreur (art. 3/4 à 3/9), l'avantage excessif (art. 3/10), les omissions (art. 4/8), la fixation du prix (art. 5/7) ou l'inexécution des obligations (art. 7/1 à 7/31).
- Le recours fait en France (mais non en Belgique) à la notion de cause au sens objectif (la contrepartie) pour justifier *a posteriori* certains mécanismes propres aux contrats synallagmatiques (exception d'inexécution, résolution pour inexécution) ne présente aucun caractère de nécessité. Il suffit d'appliquer les règles énoncées dans l'avant-projet (art. 7/3 et 7/13), qui n'ont besoin d'aucune justification conceptuelle pour être efficace.
- La règle relative aux "*billets non causés*" (art. 1132 du Code civil français) concerne des questions de preuve ; l'enjeu est de vérifier si le contrat n'est pas illicite, ou s'il ne s'agit pas éventuellement d'un acte à titre gratuit. De telles preuves peuvent être apportées par simples références à la notion d'acte illicite (*cf.* l'article 3/1 de l'avant-projet) ou à la définition de la libéralité (fournie par le droit des libéralités), sans qu'il soit besoin de recourir au concept de cause ³⁹.
- La notion de cause est également évoquée dans les obligations dites "*abstraites*", que certains caractérisent comme "*détachées de leur cause*". La notion de cause revêt ici un sens encore différent, celui de l'autre rapport juridique auquel l'acte abstrait est lié, mais dont il ne suivra pas les avatars. Le système des actes abstraits fonctionne très bien sans cette justification ; il suffit d'organiser un régime d'inopposabilité des exceptions.

46. Quels rôles la notion de *consideration* joue-t-elle en *common law* et qu'en serait-il sous l'empire de l'avant-projet ?

- L'exigence de *consideration* a pour principal objectif de ne rendre juridiquement exigibles que les promesses pour lesquelles le bénéficiaire a lui-même fourni ou promis une contrepartie. La *common law* ne sanctionne que les "*bargains*" ⁴⁰.

La principale conséquence en est de priver de force obligatoire les engagements à titre gratuit, à moins qu'ils ne soient souscrits sous une forme solennelle (les "*deeds*").

Ne retenant aucune exigence analogue à la *consideration*, l'avant-projet ne prive *a priori* pas les contrats à titre gratuit du bénéfice de la force obligatoire. Mais il ne dresse aucun obstacle à ce que chaque système juridique national continue à disposer de règles particulières

³⁸ Cf. J. GHESTIN, *Droit civil, La formation du contrat*, 3^{ème} éd., 1993, 842-890.

³⁹ Dont on aura encore noté au passage l'ambiguïté, les acceptions étant différentes dans ces deux applications.

⁴⁰ Cf. KÖTZ et FLESSNER, *supra* note 37, 57-58 ; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON'S *Law of Contract*, 14^{ème} éd., 2001, 79-82.

en matière de libéralités. Celles-ci sont assorties de régimes restrictifs dans les pays de *civil law*. Les régions relevant actuellement ou à l'avenir de l'OHADA et soumises à la *common law* pourraient pareillement maintenir leurs régimes actuels en la matière.

- Une autre conséquence de la doctrine de la *consideration* est de priver l'offre de contracter de toute force contraignante, faute de contrepartie.

Pareil régime n'est pas propre à la *common law* ; certains pays de *civil law* considèrent également que l'offre reste révocable tant qu'elle n'a pas été acceptée. Sur ce point, le clivage ne correspond pas à la grande division des systèmes juridiques ⁴¹.

On sait que cette question fait l'objet de vifs débats ; les préférences s'opposent selon que l'on entend privilégier la liberté d'action de l'offrant ou la sécurité juridique du destinataire. Un compromis a été dégagé dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, qui a inspiré l'article 2.1.4 des *Principes* d'UNIDROIT, lui-même repris dans l'article 2/4 de l'avant-projet. Ce compromis, objet d'un large consensus sur le plan mondial, paraît préférable à la solution tranchée de la *common law*.

- La doctrine de la *consideration* faisait également obstacle à la validité de toute stipulation pour autrui, le bénéficiaire n'ayant fourni aucune contrepartie.

Cette conséquence présentait de sérieux inconvénients dans la pratique. En 1999, le *Contract (Rights of Third Parties) Act* est venu y porter remède en droit anglais ⁴². Les dispositions de l'avant-projet relatives à la stipulation pour autrui (art. 5/12 à 5/17) devraient donc s'avérer acceptables pour les *common lawyers*.

47. Nous pensons donc que l'avant-projet, inspiré des *Principes* d'UNIDROIT, contient tous les mécanismes nécessaires à la réalisation des objectifs souhaitables pour lesquels certains systèmes juridiques recourent soit à la notion de *cause*, soit à celle de *consideration*.

On ajoutera que dans les pays concernés eux-mêmes, le maintien des concepts en cause fait l'objet de critiques et d'évolutions.

48. Dans les droits qui la connaissent, la notion de cause est souvent contestée pour son ambiguïté. Parle-t-on de la cause du contrat ou de celle de l'obligation ? La cause est-elle la contrepartie ou le mobile ? Quels sont ses relations avec la notion d'objet ? Le droit belge n'y recourt plus que comme condition de formation du contrat, excluant de s'y référer en cours du contrat (notamment dans les problèmes d'exécution qui peuvent frapper les contrats synallagmatiques). Tant en France qu'en Belgique, il existe un courant "*anti-causaliste*", hostile au maintien de la notion. En 1923 déjà, ROUAST écrivait que "*la notion de cause ... est célèbre par les obscurités qu'y a accumulées un siècle de commentaires aussi ingénieux que stériles*" ⁴³.

Plus récemment, le professeur GHESTIN relève au moins six "conceptions modernes" de la cause ⁴⁴ ! Il dénonce les faiblesses du concept : "... l'utilisation que fait la pratique française de la notion de cause conduit à douter de sa valeur. L'obscurité de cette notion, la diversité de ses

⁴¹ Pour un exposé comparatif récent sur cette question, cf. C. DELFORGE, La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives, dans *Le processus de formation du contrat* (M. Fontaine, dir.) (Bruxelles), 2002, 404-424.

⁴² Cf. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *supra* note 40, 88, 499-516.

⁴³ ROUAST, "A propos d'un livre sur la cause des obligations", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1923, 395.

⁴⁴ GHESTIN, *supra* note 38, 826-839.

définitions selon la fonction qu'elle est appelée à remplir, en font la providence des plaideurs, et parfois des juges, voire des auteurs, en peine d'arguments juridiques. Dans une doctrine abondante on s'empare d'un élément favorable à la thèse que l'on entend soutenir, sans hésiter à transposer d'un contrat à un autre, d'une fonction à une autre, la définition de la cause que l'on adopte. A côté de réels services qu'elle rend dans certaines situations particulières ..., la cause dans la pratique est ainsi trop souvent un instrument de confusion" ⁴⁵.

Des jugements venus de l'extérieur sont pareillement sévères. D'éminents comparatistes écrivent à propos de la cause en droit français que "*it is clear that it means quite different things in different contexts ... in many cases it is perfectly dispensable and contributes nothing to the proper resolution of the conflict of interests involved*" ⁴⁶.

Plusieurs de nos interlocuteurs ont admis qu'ils renonceraient volontiers à faire d'une notion aussi imprécise un élément essentiel du contrat.

49. La notion de *consideration* fait également l'objet de critiques parfois radicales dans les pays qui la connaissent.

En Angleterre, des voix s'élèvent fréquemment pour remettre en cause la nécessité de la *consideration*. Dès le XVIII^{ème} siècle, Lord Mansfield avait préconisé l'abandon de la notion ⁴⁷. Plus près de nous, un auteur écrivait : "... *English law would lose nothing if the doctrine of consideration were to be abolished. The civil law systems have been able to develop a perfectly adequate law of contract without consideration ...*" ⁴⁸. On a relevé l'intervention législative de 1999, rendue nécessaire pour pallier les effets néfastes de la doctrine de la *consideration* en matière de stipulation pour autrui (cf. *supra*, n° 46). D'autre part, l'exigence d'une *consideration* est fortement atténuée par l'admission de contreparties purement nominales ("*peppercorn consideration*") ⁴⁹.

Aux Etats-Unis, le régime des engagements sans contrepartie a beaucoup évolué sous l'effet de la notion de "*promissory estoppel*" et de la théorie de la confiance ("*reliance*"), Pareils engagements peuvent devenir contraignants lorsque le bénéficiaire s'y est fié et a agi en conséquence ⁵⁰.

50. Au sein du groupe de juristes internationaux qui a préparé les *Principes* d'UNIDROIT, l'abandon réciproque de ces deux notions a été perçu non comme un sacrifice, mais comme l'élimination de bien des difficultés.

Nous pensons que cette solution ne présente que des avantages. Le droit des contrats régi par les *Principes* est parfaitement viable et efficace. Toutes les fonctions souhaitables attribuées respectivement à la cause ou à la *consideration* sont accomplies de manière plus directe. En ce domaine, l'avant-projet qui vous est soumis est conforme au modèle ⁵¹.

⁴⁵ *Ibid*, 947.

⁴⁶ KÖTZ et FLESSNER, *supra* note 37, I, 55.

⁴⁷ Cf. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *supra* note 40, 80-81.

⁴⁸ CHLOROS, "The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract", 17 *International Comparative Law Quarterly* (1968), 164.

⁴⁹ Cf. A. FARNSWORTH, *United States Contract Law* (New York), 1991, 71.

⁵⁰ *Ibid.*, 74-75.

⁵¹ Il aurait d'ailleurs été impossible de réintroduire la notion de cause dans l'avant-projet, comme quelques-uns nous l'avaient suggéré. Ce qui se présente comme un élément essentiel du contrat ne peut être simplement greffé dans un autre système sans provoquer d'importants bouleversements. *A fortiori*, la

D. Les matières non traitées par les Principes d'UNIDROIT

51. Les *Principes* d'UNIDROIT, dès leur première édition de 1994, couvraient les principaux chapitres du droit des contrats : formation, validité, interprétation, contenu, exécution, inexécution.

Certaines matières avaient cependant été omises au départ. La plupart d'entre elles sont désormais incorporées, grâce à la deuxième édition parue en 2004. Des dispositions ont été ajoutées concernant principalement la représentation, la stipulation pour autrui, la compensation, la transmission des obligations et la prescription extinctive. On relèvera que certaines de ces matières ressortissent plutôt à la théorie générale des obligations qu'à celle des obligations contractuelles au sens strict. Les auteurs des *Principes* d'UNIDROIT les ont cependant incorporées dans ce code des contrats internationaux, en raison des nombreuses applications que ces règles connaissent dans la pratique contractuelle.

Lors des voyages préparatoires, tous nos interlocuteurs se sont déclarés favorables à leur inclusion dans le futur Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats, et nous en avons tenu compte.

52. Un examen attentif révèle néanmoins la subsistance de quelques lacunes dans les *Principes* d'UNIDROIT. Il est déjà question d'y porter remède dans une troisième édition, mais celle-ci ne verra le jour que dans quelques années. Dans l'immédiat, il fallait combler ces lacunes dans l'avant-projet OHADA.

Nous avons ainsi rédigé de nouvelles dispositions relatives aux matières suivantes : illicéité (art. 3/1), nullités (art. 3/12 à 3/14), relativité des conventions (art. 5/10 et 5/11), promesse de porte-fort (art. 5/18), déchéance du délai d'exécution (art. 6/6), personne entre les mains de qui l'exécution s'effectue (art. 6/8), exécution au détriment d'un créancier saisissant (art. 6/9), exécution par un tiers (art. 6/10), confusion (art. 9/2 à 9/3), obligations conditionnelles, solidaires et alternatives (art. 10/1 à 10/21), protection des créanciers et des tiers (action oblique [art. 13/1 à 13/4], action en inopposabilité [art. 13/5] et simulation [art. 13/6 à 13/8])⁵².

53. Lors de la rédaction de ces nouveaux textes, nous avons cherché notre inspiration dans d'autres codifications récentes : en premier lieu les *Principes de droit européen des contrats* (qui ont déjà remédié à une partie des lacunes), le nouveau Code civil néerlandais (*Nieuwe Burgerlijke Wetboek*) et surtout l'excellent Code civil du Québec de 1991, dont le style de rédaction, clair et concis, permettait une intégration harmonieuse dans les *Principes*

proposition faite par un interlocuteur de satisfaire tout le monde en injectant à la fois les notions de cause et de *consideration* apparaît comme totalement impraticable.

⁵² Deux autres lacunes n'ont pas été comblées. En premier lieu, les *Principes* d'UNIDROIT ne comportent aucun régime des offres réelles. Il nous a paru que cette question appelait la mise en place d'un régime relativement complexe, très lié à des questions administratives (mise en place d'un organisme de consignation) et procédurales (interventions d'un huissier et du tribunal), qu'il serait difficile d'intégrer dans le présent projet d'Acte uniforme. Nous sommes cependant à la disposition de l'OHADA pour proposer des textes. De bons modèles récents existent, notamment dans le nouveau Code néerlandais et dans le Code civil du Québec. L'autre lacune concerne la subrogation consentie par le débiteur, que nous n'avons pas jugé utile de prévoir. D'une part, ce mécanisme est d'application rare. D'autre part, tel qu'il est organisé par le Code civil français (art. 1250, 3°), il est d'un formalisme lourd, peu compatible avec l'esprit du présent avant-projet. S'il était néanmoins souhaité d'y consacrer une disposition, un modèle plus souple (peut-être trop souple) existe dans le nouveau Code néerlandais (art. 6. 150 d).

d'UNIDROIT⁵³. Des modèles ont également été trouvés dans certaines dispositions de la loi sénégalaise relative à la partie générale du Code des obligations civiles et commerciales, et de la loi malienne fixant régime général des obligations.

Nous avons tenté d'intégrer ces nouvelles dispositions de la manière la plus rationnelle dans la structure issue des *Principes*.

54. L'attention doit être attirée sur trois lacunes apparentes, que nous n'avons pas jugé utile de combler, au vu des enseignements du droit comparé. L'avant-projet ne traite ni des obligations indivisibles, ni du paiement avec subrogation, ni de la novation et de la délégation.

- Le régime des *obligations indivisibles* a des origines historiques différentes de celui des obligations solidaires, mais au stade actuel de l'évolution, les deux régimes sont extrêmement similaires. En droit français, notamment, ils présentent peu de différences, et la plupart des rares divergences ne trouvent guère de justification rationnelle⁵⁴. Les deux ensembles de règles apparaissent le plus souvent comme faisant double emploi.

Nous avons jugé opportun de suivre l'exemple du nouveau Code civil néerlandais (*N.B.W.*) et de faire l'économie d'une réglementation. L'article 10/8, 2^oa) fait entrer dans le champ de la solidarité les obligations indivisibles, soumettant celles-ci au même régime ; la seule divergence significative est cependant reprise à l'article 10/12.

- Dans le Code civil français, les dispositions sur le paiement organisent un régime de *subrogation conventionnelle consentie par le créancier* (art. 1249-1252). Lorsqu'un tiers paie la dette du débiteur, il peut demander au créancier de le subroger dans ses droits. La créance est ainsi transférée, dans des conditions qui ressemblent beaucoup à celles de la cession de créance. Les quelques différences résultent du seul fait que les deux mécanismes se sont développés indépendamment ; elles ne trouvent pas de justification décisive⁵⁵. Ici encore, on est en présence d'un double emploi qui ne fait qu'alourdir la réglementation. Les sociétés d'affacturage, notamment, se trouvent confrontées au choix entre deux techniques voisines mais non identiques. La décision est souvent dictée par la plus grande rigidité du mécanisme de la cession de créance dans le Code civil français.

Les textes introduits par les *Principes* d'UNIDROIT et repris dans l'avant-projet offrent à présent un régime moderne et performant de la cession de créance (art. 11/1 à 11/15), de nature à satisfaire les besoins de la pratique. Ils rendent inutiles l'introduction de règles parallèles sur le paiement avec subrogation. Telle était déjà la conclusion du législateur allemand il y a plus d'un siècle : doté d'un bon régime de la cession de créance, le *B.G.B.* n'a plus jugé nécessaire d'organiser le paiement avec subrogation. Le tiers payeur qui souhaite reprendre par convention les droits du créancier à l'égard du débiteur peut tout aussi bien se faire céder la créance.

Cette option ne fait pas obstacle à ce que le législateur continue à organiser des cas de subrogation légale dans des matières déterminées, comme dans le contrat d'assurance (*cf.* l'article 42 du Code des assurances des Etats membres de la CIMA). Dans l'avant-projet lui-

⁵³ On ajoutera qu'il en existe déjà une version anglaise, ce qui facilitera la traduction des textes repris dans le cadre de l'OHADA.

⁵⁴ Nous songeons aux effets secondaires de la solidarité, qui trouvent que partiellement correspondance dans les effets attachés aux obligations indivisibles.

⁵⁵ Pourquoi l'opposabilité de la cession de créance aux tiers est-elle soumise à des exigences de forme (art. 1690 du Code civil français), alors qu'il n'en est rien de la subrogation conventionnelle ?

même, un cas de subrogation légale est prévu à l'article 10/11, 3° en matière de solidarité passive.

- L'avant-projet ne reprend pas non plus de dispositions relatives à la *novation* et à la *délégation*, telles que celles qui figurent aux articles 1271 à 1281 du Code civil français.

La novation est une institution vétuste et rigide dans ses effets (l'ancienne obligation est éteinte, il faut "reconstruire" entièrement la nouvelle). En pratique, ses applications sont devenues très rares.

Malgré l'absence de réglementation, la novation par changement d'objet reste évidemment possible par la voie conventionnelle (liberté des conventions). Quant à la novation par changement de créancier ou de débiteur, elle est avantageusement remplacée par les régimes élaborés que l'avant-projet introduit de la cession de créance (art. 11/1 à 11/15) et de la reprise de dette (art. 11/16 à 11/23).

Le nouveau régime de la reprise de dette rend pareillement inutile l'ancienne délégation, avec ses deux variantes (délégation "*novatoire*" et délégation "*imparfaite*")⁵⁶.

E. La coordination avec les autres Actes uniformes OHADA

55. Une législation de qualité veille à l'harmonie entre ses différentes composantes et à leur bonne coordination. Les concepts doivent recevoir des définitions communes, les règles spéciales doivent être conçues par rapport aux principes généraux auxquels elles entendent déroger.

Ces préoccupations revêtent une grande importance au moment où l'OHADA va se doter d'un droit commun des contrats, alors que plusieurs contrats particuliers font déjà l'objet d'Actes uniformes antérieurs, et que certains autres projets en cours concernent également le droit des contrats.

56. L'adoption de l'Acte uniforme sur les contrats en général devrait ainsi conduire à un réexamen de certaines dispositions d'Actes uniformes préexistants ou projetés.

Telle est du moins l'option proposée. Au cours de nos entretiens préparatoires, nous avons demandé comment résoudre certaines incompatibilités, spécialement en rapport avec les dispositions relatives à la vente commerciale. Il aurait été concevable de chercher à aligner le présent avant-projet sur les dispositions uniformes préexistantes. Mais cela aurait suscité deux inconvénients. En premier lieu, il serait rationnellement discutable d'adapter le droit commun aux régimes particuliers, et non l'inverse. En second lieu, de tels aménagements de l'avant-projet conduiraient à autant de déviations par rapport au modèle des *Principes* d'UNIDROIT, faisant perdre, dans cette mesure, les bénéfices déjà soulignés de se rallier à une harmonisation déjà consacrée (*cf. supra*, n° 9 et 12).

C'est pourquoi la très grande majorité de nos interlocuteurs ont suggéré que la voie à suivre était de proposer des amendements aux textes uniformes préexistants, là où des divergences apparaissaient par rapport au nouveau droit commun, non justifiées par les spécificités des matières en cause.

La préparation de tels amendements à d'autres Actes uniformes dépasse le cadre de la mission qui nous a été confiée de rédiger le présent avant-projet. Nous croyons néanmoins utile

⁵⁶ Sans la rigidité de la délégation, l'article 11/20, 1° permet de réaliser une opération analogue à la délégation parfaite, et l'article 11/20, 3° une opération analogue à la délégation imparfaite. L'article 11/20, 2° propose une troisième modalité.

de présenter le résultat de nos premières réflexions. Il semble que les principaux problèmes à prendre en considération concernent les Actes et projets d'Actes suivants ⁵⁷ :

1. Acte uniforme relatif au droit commercial général

57. Ce très important Acte Uniforme traite de certaines matières qui n'interfèrent en rien avec le présent avant-projet, comme le statut du commerçant ou le registre du commerce et du crédit mobilier. Mais il régit également plusieurs contrats commerciaux : le bail commercial, la commission, le courtage, l'agence et la vente commerciale.

Ces contrats sont dotés de régimes particuliers conçus antérieurement à l'existence du présent avant-projet, et donc fatalement en dehors de toute prise en considération de ce qui va devenir le droit commun des contrats dans les pays de l'OHADA. Il est indiqué qu'à des contrats particuliers correspondent des régimes particuliers liés à leurs spécificités, mais un régime d'exception doit évidemment s'articuler avec le régime général auquel il déroge. L'adoption de l'Acte uniforme sur les contrats en général devrait conduire à un réexamen de certaines dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général.

58. Les principaux problèmes de coordination concernent le *contrat de vente commerciale* (art. 202 à 288 de l'Acte uniforme sur le droit commercial en général).

Ces textes sont inspirés de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, mais ils y ont souvent apporté diverses retouches. Par ailleurs, les *Principes* d'UNIDROIT, que l'avant-projet sur les contrats a pris comme modèle, se sont également inspirés en de nombreux points de la même Convention de Vienne ; ils y ont aussi apporté des retouches. Or, provenant d'initiatives différentes et indépendantes, les retouches respectives ne correspondent évidemment pas. Il en résulterait que nombreux aspects de la vente commerciale se verraient régis par des dispositions différentes de celles du droit commun des contrats, très souvent sans justification particulière qui serait liée aux spécificités du contrat de vente. Pareilles discordances devraient être éliminées.

59. Les dispositions les plus manifestement problématiques sont celles relatives à la formation du contrat (art. 210-218) ⁵⁸. Compte tenu de leur source d'inspiration commune, elles sont très proches des articles correspondants de l'avant-projet (art. 2/1 à 2/11). Mais les différences ne se justifient en rien. Ces dispositions sur la formation du contrat ne prévoient rien de spécifique au contrat de vente. Comme dans la Convention de Vienne (et même dans la Convention antérieure de La Haye de 1964), ces textes ont été introduits en droit uniforme international pour pallier l'absence à ce niveau de droit commun de la formation des contrats. Cette justification n'est plus de mise dès lors que les textes OHADA sur la vente commerciale s'inscrivent au regard d'un droit commun OHADA de la formation des contrats en général, applicable à ce contrat particulier (*cf.* l'article 205 de l'Acte uniforme sur le droit commercial en général).

Nous proposons par conséquent l'abrogation des articles 210 à 218 de l'Acte uniforme sur le droit commercial en général, qui deviendront inutiles.

59. L'article 208 des dispositions relatives à la vente commerciale consacre le principe de la liberté de la preuve. Cette disposition doit être mise en rapport avec les considérations précé-

⁵⁷ Nous n'avons pas pris en considération le nouvel Acte uniforme sur les transports de marchandises par route. Il serait par ailleurs souhaitable d'examiner attentivement l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et les G.I.E.

⁵⁸ Sur ces dispositions, *cf.* notamment GOMEZ, NSIE, et PEDRO SANTOS et J. YADO TOE, *supra* note 30.

dentes sur le problème de l'analphabétisme et du degré de formalisme nécessaire (*cf. supra*, n° 28-36)⁵⁹. Il n'est pas inconcevable de maintenir cette absence de formalisme en droit de la vente commerciale, mais il faudra s'assurer de la bonne articulation de cette disposition avec les options qui seront prises en droit commun dans les futurs Actes uniformes sur les contrats en général et sur la preuve.

Une autre disposition de l'Acte uniforme sur le droit commercial en général méritant un réexamen est l'article 209, qui donne de l'écrit une définition quelque peu archaïque où il est encore question de télex et de télégrammes, et où la seule audace consiste dans la référence aux télécopies. Ce texte devrait céder devant la définition beaucoup plus actuelle que donne de l'écrit l'article 1/10 de l'avant-projet.

60. L'article 235 donne à la détermination du prix dans la vente commerciale un régime qui s'est écarté du texte nettement plus flexible de la Convention de Vienne (art. 55). Par contre, l'avant-projet sur le droit des contrats en général (art. 5/7) suit le modèle des *Principes* d'UNIDROIT, plus proche de la Convention. Il faudra veiller à la bonne harmonie des textes respectifs. Rien ne justifierait que le régime de la détermination du prix soit plus rigoureux dans la vente commerciale qu'en droit commun⁶⁰.

61. Deux autres textes ont spécialement retenu l'attention lors de nos contacts préliminaires. L'article 254 des dispositions sur la vente commerciale permet à l'acheteur de demander la résolution du contrat à la juridiction compétente dans certains cas de manquements du vendeur ; l'article 259 donne le même droit au vendeur dans certains cas de manquements de l'acheteur.

Ces textes sont également inspirés de la Convention de Vienne (art. 49 et 64), mais ils ont apparemment réintroduit le caractère judiciaire de la résolution pour inexécution⁶¹, que ne prévoit pas la Convention de Vienne.

Nous avons évoqué cette problématique à un niveau général, à propos de l'avant-projet (*cf. supra*, n° 41-43). Les *Principes* d'UNIDROIT organisent une résolution pour inexécution par simple notification, lorsque certaines conditions sont réunies. Compte tenu des considérations développées plus haut, et conformément à la préférence de la majorité de nos interlocuteurs, nous avons maintenu cette résolution non judiciaire dans l'avant-projet (art. 7/14). Il conviendra dès lors de revoir les articles 254 et 259 des dispositions sur la vente commerciale ; si la résolution n'est pas judiciaire en droit commun, il n'y a aucune raison qu'elle le soit en ce qui concerne la seule vente commerciale.

Dans ce contexte, il conviendra également de réexaminer les articles 245, 246 et 247 de l'Acte uniforme sur le droit commercial en général.

62. D'autres textes relatifs à la vente commerciale appelleront également un réexamen. Ils sont souvent proches des textes proposés dans l'avant-projet, mais ils ne sont jamais identiques, alors que rien ne justifie des divergences. Nous pensons notamment aux articles 207 (usages ; comp. avant-projet, art. 1/8), 209 (définition de l'écrit ; comp. avant-projet, art.

⁵⁹ Cf. GOMEZ, *ibidem.*, 156-157.

⁶⁰ La rigidité de l'article 235 de l'Acte uniforme sur le droit commercial en général est critiquée par GOMEZ, *ibidem.*, 159-162.

⁶¹ Telle est sans doute l'intention des rédacteurs. Toutefois, l'alinéa 2 de l'article 254 est de nature à jeter le doute, puisqu'il y est question du "*droit* (de l'acheteur) *de considérer le contrat résolu*" ; cf. PEDRO SANTOS et YADO TOE, *supra* note 30, 425, ainsi que le commentaire de A. PEDRO SANTOS dans le recueil OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés* (Bruxelles), 2002, 224.

1/10), 222 (moment de l'exécution ; comp. avant-projet, art. 6/1), 274 à 282 (prescription ; comp. avant-projet, art. 12/1 à 12/11)⁶² et en général, à tous les textes sur les sanctions (comp. avant-projet, art. 7/1 à 7/31). Ces dispositions devraient, selon les cas, être abrogées ou amendées.

63. Les dispositions que l'Acte uniforme sur le droit commercial en général consacre au *bail commercial* paraissent poser moins de problèmes d'harmonisation. La plupart de ces règles semblent bien justifiées par la spécificité de la matière. On sera néanmoins attentif à la conciliation de l'article 71, relatif à la forme du contrat, avec l'article 1/3 de l'avant-projet et le futur Acte uniforme sur la preuve. Il conviendra surtout de repenser l'article 101, qui organise un système de résolution judiciaire en cas de défaut de paiement du loyer (comp. l'article 7/4 et cf. *supra*, n° 41-43 et 61).

64. L'Acte uniforme sur le droit commercial en général régit également les *contrats de commission, de courtage et d'agence*.

Les dispositions relatives à chacun de ces contrats en particulier (art. 160-175, 176-183 et 184-201) n'appellent à première vue aucune adaptation ; elles traitent de problèmes spécifiques à ces différentes relations.

Par contre, certains des dispositions communes à ces trois contrats (art. 137 à 159) doivent retenir l'attention. Le texte sur la forme du contrat de mandat (art. 144) devra être coordonné avec l'article 1/3 de l'avant-projet et le futur Acte uniforme sur la preuve, et l'article sur l'application des usages (art. 145), avec l'article 7/14 de l'avant-projet.

Le principal travail d'adaptation concernera cependant les articles 143 à 155 relatifs au "*mandat*" de l'intermédiaire et aux effets juridiques de ces actes. Ces textes mélangent mandat (les relations entre représentant et représenté) et représentation (les relations avec le tiers). Tout ce qui concerne le volet "*représentation*" devra être réexaminé au regard des articles 2/23 à 2/32 de l'avant-projet.

2. Acte uniforme portant organisation des sûretés

65. Un premier examen de cet Acte uniforme invite à porter une attention particulière aux dispositions suivantes :

- Art. 4 : forme du contrat, contractants analphabètes. Ici également, il faudra coordonner avec l'article 1/3 de l'avant-projet et le futur Acte uniforme sur la preuve, étant entendu que la gravité des engagements assumés par une caution peut justifier l'organisation d'un régime spécialement protecteur.
- Art. 13 et 14 : déchéance du terme. A coordonner avec l'article 6/6 de l'avant-projet. Sur le plan terminologique, l'avant-projet recourt à l'expression "*délai d'exécution*".
- Art. 15 : solidarité. Il semble qu'aucun problème de compatibilité ne se pose avec les articles 10/7 à 10/11 de l'avant-projet.
- Art. 16 : subrogation. Ce texte instaure un cas de subrogation légale, parfaitement compatible avec l'avant-projet (cf. *supra*, n° 54).
- Art. 25 : novation par changement d'objet ou de cause. Ces deux notions ne sont pas reprises par l'avant-projet (cf. *supra*, n° 44-50 et 54). L'alinéa 3 de l'article 25 devra être adapté par une nouvelle rédaction.

⁶² Cf. la critique de GOMEZ à propos du délai de prescription établi par l'Acte uniforme en matière de vente commerciale, *supra* note 30, 174.

- Art. 26 : les allusions que ce texte fait à la compensation, à la remise de dette et à la confusion ne paraissent pas poser de problèmes par rapport aux articles 8/1 à 8/5, 5/9 et 9/1 à 9/3 de l'avant-projet.

3. Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution

66. Il faudra veiller à la bonne coordination avec l'avant-projet des articles 37 (interruption de la prescription ; comp. avant-projet, art. 12/5) et 39 (paiement partiel ; comp. avant-projet, art. 6/3).

L'article 6/9 de l'avant-projet (exécution au détriment d'un créancier saisissant) paraît s'articuler sans problème avec cet Acte uniforme.

4. Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif

67. Certains textes touchant au droit des contrats pourraient appeler un réexamen. C'est peut-être le cas, notamment, de l'article 106 (qui fait allusion à la résolution de la vente). Il faudra également revoir le traitement de la compensation à l'article 68, en rapport avec les articles 8/1 à 8/5 de l'avant-projet.

5. Projet d'Acte uniforme sur la preuve

68. Nous nous référons à ce qui a été dit plus haut (*cf. supra*, n° 28-36) au sujet de l'opportunité d'introduire un certain degré de formalisme en droit des contrats, compte tenu notamment de l'important degré d'analphabétisme. L'avant-projet sur les contrats renvoie aux dispositions applicables en matière de preuve (art. 1/3, 2°), mais nous avons exprimé le souci que l'élaboration de cet Acte sur la preuve soit attentive à la bonne articulation avec le droit uniforme des contrats.

On a vu par ailleurs que certains Actes uniformes existants comportent déjà des dispositions relatives à la forme de certains contrats (*cf. supra*, n° 59, 63, 64 et 65 ; *cf. aussi infra*, n° 70). Tous ces textes devront être repensés en rapport avec le futur droit commun tel qu'il résultera des Actes uniformes sur la preuve et sur les contrats en général.

Le futur Acte uniforme sur la preuve veillera sans aucun doute à tenir compte des nouveaux modes de communication et de conclusion des contrats, comme le commerce électronique. L'édition 2004 des *Principes d'UNIDROIT*, dont s'est largement inspiré le présent avant-projet, s'est assurée que ses dispositions étaient compatibles avec ces nouvelles techniques⁶³. On sera notamment attentif à la définition de l'écrit (*cf. l'article 1/10 de l'avant-projet*, déjà évoqué *supra*, n° 59).

6. Projet d'Acte uniforme sur les contrats de consommation

69. Nous avons évoqué (*cf. supra*, n° 27) la perspective inquiétante que les pays de l'OHADA se verraient dotés de trois codifications distinctes du droit des contrats, s'il était décidé de n'appliquer l'Acte sur les contrats qu'aux contrats commerciaux, en maintenant le régime actuel pour les contrats civils, et si les contrats de consommation se voyaient dotés d'un autre régime autonome par l'Acte uniforme qui les concerne.

⁶³ *Cf. M.J. BONELL, supra note 3, 19.*

Sur ce dernier point, le risque ne paraît pas devoir se matérialiser. Le projet d'Acte uniforme sur les contrats de consommation n'ambitionne pas de doter ces contrats d'une codification autonome complète. Il ne s'agit que de prévoir des règles dont l'intention est d'être plus protectrice relativement à certains aspects des rapports contractuels ; le projet traite en outre de matières non directement liées au droit des contrats, comme la publicité, les loteries ou les associations de consommateurs.

70. Les dérogations proposées au droit commun méritent cependant de retenir l'attention. Les textes ont été rédigés alors que le projet d'élaborer un Acte uniforme sur le droit des contrats en général sur le modèle des *Principes* d'UNIDROIT n'était pas encore connu. Fatalement, des problèmes de coordination apparaissent. Il y a des doubles emplois, des divergences non justifiées, des difficultés d'articulation. Dans certains cas, l'avant-projet sur les contrats de consommation se révèle même moins protecteur de la partie faible que le droit commun proposé par l'avant-projet sur les contrats en général !

Le Secrétariat Permanent de l'OHADA nous a suggéré de formuler nos observations en temps utile, c'est-à-dire alors que l'avant-projet sur les contrats de consommation était toujours en phase d'examen. Nous avons à cet effet transmis une note au Secrétariat Permanent le 28 juin 2004.

Méritent particulièrement d'être relus en relation avec l'avant-projet sur le droit des contrats les articles suivants de l'avant-projet sur les contrats de consommation : art. 8, 17 et 23 (conditions générales contractuelles ; comp. avant-projet, art. 2/19 à 2/22), art. 11 (indemnité exemplaire ; comp. avant-projet, art. 7/11), art. 15 (bonne foi ; comp. avant-projet, art. 1/6), art. 21 (absence de formalisme ; comp. avant-projet, art. 1/3), art. 24 (erreur et dol ; comp. avant-projet, art. 3/4 à 3/8), art. 25 et 51 (lésion et abus de faiblesse ; comp. avant-projet, art. 3/10), art. 53-58 (clauses abusives ; comp. avant-projet, art. 7/6 et 7/31), art. 126 (modes de preuve ; comp. avant-projet, art. 1/3), art. 127-131 (prescription ; comp. avant-projet, art. 12/1 à 12/11), art. 132 (calcul des délais ; comp. avant-projet, art. 1/11). En ce qui concerne les articles 21 et 126, la coordination devra également être assurée avec le futur projet sur la preuve.

VI. L'INTRODUCTION DE L'ACTE UNIFORME SUR LES CONTRATS DANS LES DROITS NATIONAUX

71. L'Acte uniforme introduit dans les Etats Parties à l'OHADA un nouveau droit commun des obligations contractuelles et de certaines matières relevant de la théorie générale des obligations (par exemple la transmission des obligations et la prescription extinctive – *cf. supra*, n° 51).

L'introduction de l'Acte dans les législations nationales se présente différemment selon que les nouvelles dispositions sont d'application générale, ce qui nous paraît préférable, ou d'application limitée aux contrats commerciaux (*cf. supra*, n° 21-27).

72. Si le nouvel Acte devient le droit commun des contrats en général, civils et commerciaux, ses dispositions viendront remplacer le régime actuellement applicable aux matières qu'il couvre.

Il faudra être attentif au fait que la réforme ne concernera que les matières couvertes par l'Acte uniforme, à savoir le droit des obligations contractuelles et quelques matières relevant de la théorie générale des obligations. Les dispositions nationales actuelles resteront d'application pour le reste, notamment le régime de la responsabilité délictuelle, les quasi-contrats, les

contrats particuliers (en tenant compte du fait que certains d’entre eux sont déjà régis par d’autres Actes uniformes) et les parties générales du droit des obligations non traitées par le présent Acte uniforme (par exemple, les questions de preuve, elles-mêmes destinées à être régies par un autre Acte uniforme – *cf. supra*, n° 36).

73. Si le nouvel Acte ne s’applique qu’aux contrats commerciaux, les textes actuels (ou le droit actuel non codifié) subsisteront tels quels, mais leur champ d’application sera réduit pour ne plus couvrir les contrats commerciaux. Ceux-ci seront désormais régis par les dispositions de l’Acte uniforme.

ANNEXE

QUESTIONNAIRE

soumis aux interlocuteurs lors des contacts préparatoires

1. L'OHADA harmonise le droit des affaires. L'acte uniforme projeté devrait donc ne concerner que les contrats commerciaux, comme les Principes UNIDROIT. Par conséquent, les autres contrats non commerciaux seraient régis par les législations nationales. Cette dualité serait-elle acceptable, ou vaudrait-il mieux étendre le champ d'application du nouvel acte uniforme à tous les contrats, civils et commerciaux ?
2. La deuxième édition des Principes relatifs aux contrats du commerce international, qui sera publiée par UNIDROIT en 2004, comportera de nouveaux chapitres sur certaines questions relevant du droit des obligations en général, plus que du droit des contrats en particulier : transmission des obligations, compensation, prescription extinctive. Faut-il les incorporer dans le projet d'acte uniforme sur les contrats ?
3. Comment faudrait-il concilier les dispositions de l'OHADA sur la vente commerciale, qui couvrent une série de principes généraux du droit des contrats (par exemple, en matière de formation), avec le nouvel acte uniforme sur le droit des contrats ?
4. Bien qu'ils soient conçus pour les contrats commerciaux, les Principes d'UNIDROIT comportent néanmoins des dispositions sanctionnant des abus de la partie forte, comme en matière de lésion ("avantage excessif" – art. 3.10), de clauses exonératoires (art. 7. 1. 6) et de clauses pénales ("indemnité établie au contrat" "art. 7. 4. 13"). De telles dispositions doivent-elles figurer dans le projet OHADA ?
5. Les Principes d'UNIDROIT écartent tout formalisme, tant substantiel que probatoire (art. 1.2). Cette option est-elle à retenir dans le projet OHADA, compte tenu du problème de l'analphabétisme et plus généralement, de la faible "culture juridique" ?
6. Les Principes mettent l'accent sur la bonne foi (art. 1. 7) et certaines de ses conséquences : devoir de collaboration (art. 5. 3), atténuation du préjudice (art. 7. 4. 8), sanction de la mauvaise foi dans les négociations (art. 2. 15). Cette orientation, très caractéristique des développements récents du droit du commerce international, doit-elle être retenue dans le projet OHADA ?
7. Les Principes n'ont pas retenu la notion de "cause", pas plus que la "*consideration*" de la "*common law*". Peut-on en faire le sacrifice dans le projet OHADA ? De nombreux systèmes juridiques fonctionnent parfaitement sans connaître ces concepts.
8. Les Principes concernent la possibilité de renégocier le contrat en cas de bouleversement des circonstances ("*hardship*" – art. 6. 2. 1 à 6. 2. 3). Certains systèmes juridiques inspirés du droit français rejettent par contre l'imprévision. L'option prise par les Principes est-elle bonne dans le cadre d'une harmonisation du droit des affaires ?

9. Les Principes organisent une large palette de sanctions de l'inexécution des obligations : exception d'inexécution (art. 7. 1. 3), correction par le débiteur (art. 7. 1. 4), droit à l'exécution (art. 7. 2. 1 à 7. 2. 5), résolution (art. 7. 3. 1 à 7. 4. 13). Ces articles sont partiellement inspirés de la Convention de Vienne. Dans quelle mesure appelleraient-ils des adaptations dans le cadre de l'OHADA ? En particulier, l'attention est attirée sur le fait que la résolution pour inexécution n'est pas judiciaire (art. 7. 3. 1) ; le contrôle du juge s'effectue *a posteriori*.

10. Les Principes d'UNIDROIT sont le produit d'un consensus atteint au sein d'un groupe de juristes en provenance des différentes régions du monde. Ils ont rapidement connu un accueil très positif de la part de plusieurs législateurs et de nombreux tribunaux arbitraux. Ils ont déjà suscité une littérature et jurisprudence importantes. Si les pays de l'OHADA veulent tirer le plus grand profit de ces résultats, l'acte uniforme sur le droit des contrats devrait s'écarter le moins possible des Principes d'UNIDROIT, là seulement où les spécificités africaines sont les plus impérieuses. Est-on d'accord avec cette approche de principe ?

11. Toute autre réaction que pourraient susciter les Principes serait évidemment la bienvenue, dans la perspective où ces Principes sembleraient appeler des aménagements dans le contexte d'une harmonisation OHADA.

[[UNIDROIT Proceedings and Papers 2004: Contents](#) |

[Actes et documents d'UNIDROIT 2004: Table des matières](#)]