

UNIFORM LAW REVIEW

REVUE DE DROIT UNIFORME

a publication of / une publication de UNIDROIT

International Institute for the Unification of Private Law
Institut international pour l'unification du droit privé

www.unidroit.org

NS - Vol. X

2005-4

**Les Principes d'UNIDROIT et la sécurité
juridique des transactions commerciales
dans l'avant-projet d'Acte uniforme
OHADA sur le droit des contrats**

FÉLIX ONANA ETOUNDI

Les Principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats

*Félix Onana Etoundi **

INTRODUCTION

Expliquant les raisons d'un recul, voire d'une absence des investissements dans les Etats africains de la zone franc trente ans après leurs indépendances dans les années 1960, un opérateur économique étranger révèle : *"nous ne voulons pas investir dans cette zone parce que nous ne connaissons pas le droit qui va régir notre patrimoine ... le même droit n'est pas applicable d'un pays à un autre, d'un tribunal à un autre. On ne tient pas compte de la jurisprudence ..."*¹. Ces propos résument de fort belle manière le diagnostic de *"l'insécurité juridique et judiciaire"* prévalant dans ces pays dans les années 1990, et qui a été vue comme une cause essentielle du marasme économique.

Saisi par le cri d'alarme des investisseurs étrangers, confrontés à une internationalisation croissante des relations économiques, les Etats d'Afrique de la zone franc se sont attelés à l'assainissement de l'environnement juridique des affaires, par la mise en place d'un système d'intégration juridique, prélude nécessaire à l'intégration économique. Le 17 octobre 1993 était adopté à Port-Louis (Ile Maurice) le Traité relatif à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), qui regroupe à ce jour seize Etats².

Le Traité OHADA poursuit un triple objectif : mettre un terme à la diversité et à l'obsolescence des textes, dont la plupart sont hérités du législateur colonial, par un

* Magistrat ; Docteur d'Etat en Droit des Affaires ; Fonctionnaire International de l'OHADA ; Expert Juriste à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA. Professeur à l'Université Catholique d'Afrique de l'Ouest (Unité Universitaire d'Abidjan), et à l'Ecole Supérieure Internationale de Droit d'Abidjan (E.S.I.D), Côte d'Ivoire.

¹ Propos rapportés par G. KENFACK DOUJANI, in *"Arbitrage forcé et règlement en droit camerounais des litiges entre associés"*, *Recueil Penant*, n° 825 (septembre-décembre 1997), 335 et KEBA MBAYE, in *L'autre Afrique*, n° 11, 10.

² Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, Rép. Congo, Sénégal, Tchad et Togo.

droit des affaires harmonisé ; ainsi faciliter les investissements et les échanges entre les différents pays de la zone franc, en vue de constituer un marché unique régional à l'issue de l'unification monétaire, financière et juridique au sein de la région³.

L'œuvre d'harmonisation législative réalisée par le Conseil des Ministres de l'OHADA en plus de dix ans d'activité est impressionnante⁴. Après l'adoption de huit Actes uniformes couvrant le domaine traditionnel du droit des affaires défini à l'article 2 du Traité⁵, les ambitions de l'OHADA conservent toute leur actualité. A sa réunion de Bangui en mars 2001, le Conseil des Ministres a décidé que le Programme d'harmonisation du droit des affaires se poursuivrait avec *"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"*.

S'agissant particulièrement du droit des contrats, sur lequel est centrée la présente étude, on déplorera que l'unification de cette matière n'arrive que trop tardivement, et alors que plusieurs contrats commerciaux ont fait l'objet d'une réglementation particulière. Déjà en 1977 à un colloque tenu à Dakar intitulé *"La résistance du droit africain à la modernisation"*, la cause de l'unification du droit en Afrique avait été plaidée de manière fort éloquente par le Professeur René DAVID qui estimait qu'elle répondait, au moins dans certains domaines comme *"celui des obligations"*, à une véritable nécessité en raison même de la multiplication des échanges et des rapports commerciaux⁶. Le Professeur Xavier BLANC-JOUVAN relevait qu'il était de l'intérêt général d'élaborer en Afrique une sorte de *"droit commun"* des contrats pour éviter les difficultés pratiques nées de la diversité des législations en même temps que permettre le développement d'une véritable science juridique. Il ajoutait que ce droit uniforme à établir *"ne peut être aucun des droits actuellement existants : ce doit être obligatoirement un droit nouveau et original, si possible élaboré en commun"*.

³ Un processus d'harmonisation avait déjà été amorcé dans certains secteurs, notamment avec la constitution des unions économiques et monétaires (l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA) et la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC)), avec l'élaboration d'une réglementation unique du secteur des assurances (Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances (CIMA)), avec la création d'un organe régional de statistiques et d'études économiques (Observatoire économique et statistique d'Afrique sub-saharienne (AFRISTAT)), etc. L'unification monétaire, financière et juridique des Etats de la zone franc une fois réalisée, la suppression des barrières tarifaires entre ces mêmes Etats favorisera l'implantation d'un véritable marché commun.

⁴ L. BENKEMOUN, *Quelques réflexions sur l'OHADA, 10 ans après le Traité de Port-Louis*, Penant (avril-juin 2003), n°843, 133. Le dixième anniversaire de l'OHADA a été célébré au cours du Conseil des Ministres extraordinaire tenu à Libreville en mars 2003.

⁵ Les Actes uniformes portent à ce jour sur : le Droit commercial général, le Droit des sociétés commerciales et du groupement d'Intérêt économique, l'Organisation des sûretés, l'Organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, l'Organisation des procédures collectives d'apurement du passif, le Droit de l'arbitrage, l'Organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, le Transport des marchandises par route.

⁶ R. DAVID in X. BLANC-JOUVAN, *"La résistance du droit africain à la modernisation"*, Actes du Colloque de Dakar 5-9 juillet 1977, *Revue Sénégalaise de Droit* (1977), 33.

Il est avéré que la formule d'uniformisation de l'OHADA dérive du principe de la supranationalité qui permet d'introduire directement les normes harmonisées, rédigées en des termes identiques pour tous les Etats concernés, dans l'ordre juridique interne des Etats parties ⁷. Le futur Acte uniforme sur le droit des contrats ne fera pas exception à la règle. Mais la question se pose du modèle d'harmonisation de ce futur droit des contrats : devrait-il s'agir d'une synthèse des droits des contrats existants dans les Etats parties, ou bien d'un droit inspiré d'un modèle extérieur, considéré comme particulièrement adapté notamment dans un contexte international ?

Le Conseil des Ministres de l'OHADA a tranché cette question. A sa réunion de Brazzaville en février 2002, il a demandé au Secrétariat Permanent, organe exécutif de l'Organisation, de prendre contact avec l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) ⁸. Entre autres réalisations, UNIDROIT doit sa renommée à l'élaboration des "*Principes relatifs aux contrats du commerce international*", qui se proposent comme un véritable "*restatement*" international des principes généraux du droit des contrats ⁹, qui ont pour objectif d'établir "*un ensemble équilibré de règles spécialement adaptées aux besoins du commerce international, et destinées à être utilisées dans le monde entier quelles que soient les traditions juridiques et les conditions économiques et politiques des pays dans lesquels elles doivent s'appliquer*" ¹⁰.

UNIDROIT a accepté la demande de coopération venant de l'OHADA et, avec le soutien de la Coopération suisse, a confié au Professeur Marcel FONTAINE ¹¹ la rédaction d'un Avant-projet. A l'issue d'un ample processus de consultations dans les milieux concernés, le Professeur Fontaine a rédigé un ensemble de dispositions qui reflètent les Principes d'UNIDROIT chaque fois que cela a été estimé opportun, ou les adaptent ou les complètent le cas échéant, et le texte de l'*Avant-projet*, ainsi que la *Note explicative* l'accompagnant ¹² ont fait l'objet d'une large diffusion, et ont été

⁷ J. ISSA-SAYEGH, "Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des Actes uniformes", *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.*, 1999, 6.

⁸ Organisation intergouvernementale basée à Rome (Italie), UNIDROIT compte actuellement 59 Etats membres, et travaille à la préparation d'instruments internationaux dans les domaines du droit du commerce international et du droit privé uniforme en général (voir le site internet : <www.unidroit.org>).

⁹ L'édition de 1994 est formée de règles, commentaires et illustrations, avec des chapitres relatifs aux dispositions générales, à la formation, à la validité, à l'interprétation, au contenu, à l'exécution, et à l'inexécution ; l'édition de 2004 ajoute des matières qui n'avaient pas été initialement traitées : la représentation, les droits des tiers, la compensation, la transmission des obligations et la prescription.

¹⁰ UNIDROIT, *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, Rome 2004, xv.

¹¹ 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.

¹² *Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats*, et *Note explicative*, rédigés par le Prof. Marcel Fontaine à la demande d'UNIDROIT et transmis par celui-ci au Secrétariat Permanent de l'OHADA en septembre 2004. Une version condensée de la *Note explicative* apparaît dans l'article du Prof. Fontaine, "Le Projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international", *Uniform Law Review / Revue de droit uniforme*, 2004, 253 et s. ; cet article est librement accessible sur le site internet d'UNIDROIT à : <<http://www.unidroit.org/french/publications/review/articles/2004-2.pdf>>.

remis au Secrétariat Permanent de l'OHADA lequel les a transmis aux Etats parties début 2005 pour examen par les commissions nationales.

L'objectif déclaré des Principes d'UNIDROIT d'être destinés particulièrement aux besoins du commerce international pourra susciter dans les milieux d'affaires africains, espoirs et inquiétudes. Deux principales questions se posent :

– En s'inspirant des Principes d'UNIDROIT dans un souci de modernisation et d'adaptation avérées à la pratique contractuelle et arbitrale internationale, le futur droit harmonisé des contrats dans l'espace OHADA fera-t-il également œuvre utile pour la stabilité des transactions commerciales caractérisées par des pratiques et usages commerciaux spécifiques à l'environnement des affaires en Afrique ?

– La proposition d'instaurer un droit commun des contrats applicable tant aux contrats civils qu'aux contrats commerciaux fait-elle quelque économie de ce qui doit rester propre au droit commercial – qui est un droit particulier par rapport au droit civil – et ne relance-t-elle pas le débat sur ce qui doit caractériser le domaine du droit des affaires OHADA qui, somme toute, est un droit pour les activités économiques ?

Le nécessaire équilibre à réaliser entre l'objectif de sécurité et prévisibilité juridiques offertes par un modèle mondialement connu (I^{ère} partie), et celui de reconnaissance des pratiques commerciales et des usages propres au contexte africain (II^{ème} partie) articulera la réflexion qui va suivre.

**PREMIERE PARTIE : UNE GARANTIE DE SECURITE JURIDIQUE DES TRANSACTIONS COMMERCIALES
DANS L'AVANT-PROJET D'ACTE UNIFORME SUR LE DROIT DES CONTRATS INSPIRE DES
PRINCIPES D'UNIDROIT**

L'auteur de l'avant-projet a fort bien résumé les avantages du choix des Principes d'UNIDROIT comme modèle d'harmonisation du droit des contrats dans l'espace OHADA. Il relève notamment qu'en s'inspirant de ces Principes, le futur Acte uniforme aura pour base "des 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". Il ajoute que le futur Acte marquera une "ouverture vers un droit plus universel ... dans un contexte de mondialisation", sans oublier que "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". De plus, il sera aisé d'établir les versions anglaise, portugaise et espagnole du futur Acte uniforme – langues de travail de l'OHADA – en prenant pour base les textes déjà disponibles dans ces langues des Principes d'UNIDROIT. Enfin un tel choix aura l'avantage supplémentaire de faire bénéficier d'emblée les pays de l'OHADA de la doctrine et de la jurisprudence qui se sont déjà développées autour des articles des Principes ¹³.

Une "lecture d'Afrique" de ces avantages permet de soutenir que le recours aux Principes d'UNIDROIT comme source d'inspiration du Projet d'Acte uniforme sur le

¹³ FONTAINE, *Note explicative ... supra* note 12, 4 et seq. ; voir aussi *idem*, "Le Projet d'Acte uniforme ...", 255 et seq.

droit des contrats offre une garantie de sécurité juridique pour les transactions commerciales, à travers des règles instituant en Afrique un droit prévisible pour les investisseurs étrangers (A) ; ces règles modernisent en outre le droit des contrats hérité du législateur colonial encore applicable dans la plupart des Etats de l'OHADA (B).

A. Un droit des contrats inspiré des Principes d'UNIDROIT : gage de sécurité juridique des transactions

Le recours aux Principes d'UNIDROIT pour fonder le futur régime des contrats en Afrique offre l'avantage de disposer de règles certaines, assurant prévisibilité et transparence juridiques aux investisseurs de la région, mais aussi des règles claires, largement partagées et connues dans la pratique commerciale internationale, de nature à restaurer la confiance des opérateurs économiques désireux de développer leurs affaires en Afrique.

1. L'application du futur Acte uniforme sur le droit des contrats

Le futur Acte uniforme, une fois adopté par le Conseil des Ministres, aura valeur de législation nationale à part entière. Les dispositions de l'Acte uniforme seront donc normalement applicables dans le silence des parties.

On observera que les parties à un contrat international normalement soumis à l'Acte uniforme resteraient libres en principe de choisir une autre loi nationale pour régir leur contrat (dite "loi d'autonomie"). Une telle possibilité relève des règles traditionnelles du droit international privé de la plupart des systèmes juridiques, qui reconnaissent la liberté pour les parties de choisir la loi applicable à un contrat international de manière large, sous réserve des dispositions d'ordre public international et de l'application des lois de police¹⁴.

Sous l'empire de l'Acte uniforme, et conformément au principe de la liberté contractuelle, les parties pourraient aussi – sauf restrictions particulières – exclure ou modifier l'une ou l'autre de ses dispositions (article 1/2 : "*Les parties peuvent exclure l'application du présent Acte uniforme, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets, à moins que cet Acte uniforme n'en dispose autrement*"). Cette règle (qui reflète l'article 1.5 des Principes d'UNIDROIT) consacre donc le caractère supplétif de l'Acte.

Une autre source importante dans le domaine commercial est constituée par les usages et les pratiques, soit que les parties les appliquent normalement dans le cours de leurs affaires, soit qu'elles constituent une référence généralisée pour tout contrat du même type. L'article 1/8 de l'avant-projet dispose que "*1) Les parties sont liées par*

¹⁴ Voir P. MAYER, *Droit international privé*, 5^{ème} éd., LGDJ, 454 et s. ; voir également la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, art. 3. On observera qu'en application du même principe d'autonomie, les parties à un contrat international devraient pouvoir se référer à l'Acte uniforme même si les règles de rattachement n'y conduisent pas – ce qui serait le cas par exemple d'un contrat entre une partie ghanéenne et une partie rwandaise.

les usages auxquels elles ont consenti, ainsi que par les pratiques qu'elles ont établies entre elles. 2) Elles sont liées par tout usage qui est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même nature, à moins que son application ne soit déraisonnable". Cette formulation permet donc de prendre en considération dans la future législation uniforme africaine, la pratique et les usages commerciaux, y compris le cas échéant ceux qui ont cours au niveau international.

Ainsi se trouverait également ménagée l'application de la *lex mercatoria*, à laquelle font fréquemment référence les contrats commerciaux internationaux. Notamment dans le contexte de l'arbitrage, une référence à la *lex mercatoria* ou encore à des "principes généraux", à des "principes reconnus internationalement" ou à d'autres désignations similaires employées par les parties, trouveront idéalement leur expression dans les Principes d'UNIDROIT¹⁵ qui jouissent d'une ample reconnaissance au plan international et avec lesquels le futur Acte uniforme sera essentiellement compatible.

On notera par ailleurs que le projet d'Acte prévoit à l'article 1.5.2 un mécanisme permettant au juge et à l'arbitre d'interpréter et de compléter l'Acte : "les questions qui entrent dans le champ d'application du présent Acte uniforme, mais que celui-ci ne tranche pas expressément, sont, dans la mesure du possible, réglées conformément aux principes généraux dont il s'inspire". Cette disposition, elle-même inspirée de l'article 1.6 des Principes d'UNIDROIT permettra au juge et à l'arbitre de rechercher l'esprit de la réglementation uniforme, et de la puiser dans le texte moderne qui en est à la source, et au besoin dans les "principes généraux" dont ils s'inspirent eux-mêmes.

2. Un exemple de solution moderne : le traitement des clauses exonératoires

Dans le commerce international, l'inexécution des contrats peut impliquer des risques financiers importants. La différence des solutions des droits internes relatives aux règles de la réparation rend incertaines les conséquences financières d'un manquement, d'autant que les juges nationaux sont dotés d'un large pouvoir d'appréciation pour fixer le montant de la réparation. Pour se prémunir contre de telles incertitudes, les parties insèrent fréquemment dans leurs contrats des clauses qui ont pour objet de fixer, limiter, réduire ou exclure la réparation dans certains cas : ces clauses sont dites "exonératoires de responsabilité" ("*exemption clauses*" dans les pays de *Common Law*).

Compte tenu du traitement différent que reçoivent ces clauses dans les droits nationaux et du fait qu'elles sont à l'origine de nombreuses controverses entre les parties, les Principes d'UNIDROIT leur ont consacré un traitement particulier (article 7.1.6) qui est repris dans des termes identiques à l'article 7.6 du Projet d'Acte uniforme OHADA : "Une partie ne peut se prévaloir d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation, ou lui permettant de fournir une

¹⁵ Les Principes d'UNIDROIT (voir le Préambule) pourront aussi s'appliquer lorsque les parties ne se sont pas accordées sur une loi précise pour régir leur contrat, l'arbitre jouissant d'une certaine liberté pour appliquer "les règles de droit qu'il juge appropriées". Voir : Art. 17(1) du Règlement d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale de 1998 ; Art. 24(1) du règlement de l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm.

prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre l'autre partie, si, eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire" ¹⁶.

Le projet OHADA reconnaît donc le principe de la validité de telles clauses (dans la ligne de du principe de la liberté contractuelle consacrée à l'article 1.1 du Projet d'Acte uniforme). Toutefois, le juge peut les écarter lorsqu'il serait manifestement inéquitable de leur donner effet (lorsque la clause est inéquitable par elle-même car son application provoquerait un déséquilibre évident des prestations des parties, ou lorsque l'inexécution du contrat est le fait de la négligence manifeste du débiteur) ¹⁷.

Réalisant une extension de la solution interne de la plupart des droits nationaux au droit communautaire africain, le législateur OHADA offre une "rose" pour les opérateurs économiques internationaux dans l'espace OHADA quand on sait que la validité de ces clauses n'est pas acquise dans l'ordre juridique international (voir notamment la solution de la *Convention des Nations Unies de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*) ¹⁸.

3. La sécurité juridique garantie par une large reconnaissance des Principes d'UNIDROIT au niveau international

Les *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international* ont déjà eu un retentissement important de par le monde. Largement utilisés dans la pratique contractuelle, ils ont inspiré à des degrés divers des réformes législatives en matière de droit des obligations dans plusieurs pays ¹⁹. Ils ont déjà connu d'importants

¹⁶ Ces clauses peuvent limiter ou exclure la responsabilité de différentes façons : en fonction d'un montant (forfait, plafond ou pourcentage prévus au contrat), ou elles peuvent permettre à une partie de fournir une prestation substantiellement différente de ce à quoi peut s'attendre raisonnablement l'autre partie. On renverra notamment aux *Principes d'UNIDROIT ...*, *supra* note 26, Commentaires sous l'article 7.1.6, 210 et *seq.*, ainsi que M.J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, New York, 2^{ème} ed. (1997), 95-101.

¹⁷ On notera que dans le contexte de l'article 7/1 de l'avant-projet concernant l'indemnité établie au contrat, il est permis au juge – ou à l'arbitre – d'adapter l'indemnité "à un montant raisonnable". Une telle solution ne pourrait-elle pas inspirer l'article 7/6 concernant les clauses exonératoires, de sorte que lorsqu'une telle clause produirait des effets inéquitables, le juge pourrait l'adapter au lieu de simplement de l'écarter ?

¹⁸ E. RAWACH, "Observations sur la notion de clauses exonératoires de responsabilité selon les Principes d'UNIDROIT", *Dalloz Affaires* (2 septembre 1999), n° 172, 1234. *Idem*, "La validité des clauses exonératoires de responsabilité et la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises", *Revue internationale de droit comparé*, 2001 n. 1, 141.

¹⁹ BONELL, *supra* note 16, 229-254. Parmi les législations nationales qui ont tiré inspiration des Principes d'UNIDROIT (alors à l'état de projet), on citera le Code civil du Québec (entré en vigueur en 1994) ; Dans son ouvrage *Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées ?*, Centre de Recherche en Droit Privé et Comparé du Québec (1997-1998), le Professeur P.-A. CREPEAU met en évidence les nombreux points de convergence existant quant aux valeurs fondamentales qui ont été privilégiées dans le choix des solutions destinées à satisfaire aux exigences des relations d'affaires à l'échelle internationale ou au niveau national, de même qu'aux attentes des personnes engagées dans ces relations. Ces convergences apparaissent autour de deux idées fondamentales : la liberté contractuelle et la justice contractuelle. On notera très récemment pour la France, l'*Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, le 22 septembre 2005, accessible sur le site internet du Ministère de la Justice : <<http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf>>.

développements en doctrine, et une abondante application jurisprudentielle. On peut donc concorder avec le fait qu'en s'inspirant de ces Principes dans l'harmonisation du futur droit des contrats dans l'espace OHADA, le législateur OHADA se dotera "d'un droit des contrats inspiré de règles déjà reconnues et appréciées sur le plan international [...] de nature à rassurer et à attirer les investisseurs"²⁰.

a) *Les Principes d'UNIDROIT et la pratique contractuelle*

Témoignage éloquent de leur influence dans la pratique contractuelle, les Principes d'UNIDROIT sont présents dans de nombreux modèles de contrats préparés par des organisations de promotion du commerce international pour des activités spécifiques, qui reflètent les pratiques commerciales généralement reconnues, et expriment les principes généraux du droit transnational des affaires, en même temps qu'elles orientent les parties sur les solutions les plus appropriées²¹. En cela, l'objectif ayant présidé aux Principes d'UNIDROIT est fort semblable à celui des contrats modèles de la Chambre de commerce internationale (CCI)²² ou du Centre du commerce international²³: réaliser une synthèse des solutions reçues dans les droits nationaux pour codifier un ensemble de règles et de principes mieux adaptés aux besoins du commerce international.

Il n'est pas étonnant que les solutions retenues dans les contrats modèles rejoignent à de nombreux égards celles entérinées dans les Principes (on notera en particulier les règles concernant l'exécution du contrat, l'exigence de la bonne foi, les conséquences de l'inexécution du contrat, le traitement de la clause pénale et des clauses exonératoires et limitatives de responsabilité, la cessation du contrat avec les règles relatives à la résolution pour inexécution). Par ailleurs, plusieurs contrats modèles récents recommandent aux parties (selon des formulations variables) de se référer aux Principes d'UNIDROIT dans la clause de loi applicable (le plus souvent en complément d'une loi nationale), ou bien que dans l'interprétation des "droits et obligations des parties [...], compte devra être tenu des usages en vigueur dans le commerce

Cet avant-projet propose des rapprochements avec des solutions par ailleurs entérinées dans les Principes d'UNIDROIT, et se réfère expressément à ceux-ci dans l'introduction, et dans l'exposé des motifs pour les parties sur la formation du contrat et la prescription.

²⁰ *Supra* note 13.

²¹ Pour une analyse approfondie de la question, voir A. MOURRE / E. JOLIVET, "La réception des Principes d'UNIDROIT dans les contrats modèles de la Chambre de Commerce Internationale", *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.*, 2004, 275 et s.

²² La CCI a élaboré plusieurs contrats modèles depuis 1991, en matière notamment de : agence commerciale (1991 et 2001), concession commerciale (1993 et 2001), vente internationale de produits manufacturés destinés à la revente (1997), franchise internationale (2000), fourniture d'usine clés à mains (2003), opérations de fusions et d'acquisitions (2004).

²³ J.-P. VUILLIETY, "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 et s.

international. Dans la définition de ces usages, référence devra être faite, notamment, aux Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international”²⁴.

b) *Les Principes d'UNIDROIT et l'arbitrage commercial international*

Le rôle des Principes d'UNIDROIT a été très amplement commenté, et les Principes ont fait l'objet d'abondantes applications jurisprudentielles²⁵. On citera comme particulièrement illustrateur le raisonnement soutenu par les arbitres dans la sentence CCI n°7110, Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI, vol.10, n°2 (2^{ème} semestre 1999) :

“Les raisons pour lesquelles le tribunal considère que les Principes d'UNIDROIT constituent l'élément essentiel des règles et des principes généraux relatifs aux obligations contractuelles internationales recueillant un large consensus international, et constituent le droit applicable aux contrats, sont nombreuses : ils constituent une formulation des principes juridiques internationaux applicables aux contrats du commerce international élaborés par un groupe d'éminents experts internationaux originaires des principaux systèmes de droit dans le monde, sans l'intervention des Etats ni des gouvernements, ces deux éléments contribuant à la très haute qualité et à la neutralité du produit et à son aptitude à refléter l'état actuel du consensus sur des règles juridiques internationales et les principes régissant les obligations contractuelles internationales dans le monde, en raison surtout de l'équité et de la pertinence des Principes pour les opérations du commerce international qui entrent dans leur champ d'application”.

c) *Les Principes d'UNIDROIT et les Principes du droit européen du contrat*

Bien qu'ayant des portées distinctes (universelle pour les premiers, européenne pour les seconds), les Principes d'UNIDROIT partagent de nombreux traits avec les *Principes du droit européen du contrat*²⁶, qui se proposent comme une première étape en vue d'un éventuel code européen des contrats. La comparaison fait apparaître de nombreux points de rapprochement²⁷.

Les Principes européens comme les Principes d'UNIDROIT visent énoncer des règles neutres, indépendantes de tout système de droit particulier et s'appuyant sur les meilleures solutions pour régir les relations contractuelles transfrontalières. Les uns comme les autres se proposent comme une formulation de la *lex mercatoria* moderne.

²⁴ *Contrat-type pour les Joint Ventures*, art. 31.3

²⁵ Il est impossible de citer ici la somme d'articles et de monographies consacrée aux Principes d'UNIDROIT. Une bibliographie complète, ainsi que la jurisprudence d'application (plus de cent décisions rendues à ce jour par des tribunaux judiciaires et arbitraux) sont accessibles sur le site Internet <www.unilex.info>.

²⁶ *Principes du droit européen du contrat*, Version française préparée par G. ROUHETTE, avec le concours de I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON, C. WITZ, Société de législation comparée, 2003.

²⁷ Voir *Principes d'UNIDROIT*, supra note 12, xiv ; *Principes du droit européen du contrat*, supra note 26, 24 ; M.J. BONELL, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?”, *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.*, 1996, 229-246 ; M.J. BONELL / R. PELEGGI, “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Principles of European Contract Law : a Synoptical Table”, in *idem*, 2004, 315-396.

Instruments dépourvus en eux-mêmes de valeur contraignante, ils tirent leur autorité de la volonté des parties, ou de l'application que leur donnent le juge ou l'arbitre. Les deux instruments se sont inspirés au besoin des systèmes juridiques nationaux, mais aussi d'instruments internationaux (régionaux et universels) relatifs à différents types de contrats. Dans ce cadre la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (CVIM) a constitué une référence particulièrement importante. Enfin, les deux instruments traitent pour l'essentiel les mêmes aspects du contrat, et entérinent des principes fondamentaux similaires.

Ainsi, les modalités d'application du futur Acte uniforme OHADA sur les contrats et les principes essentiels qu'il consacre vont dans le sens de la clarté, de la sécurité juridique et du respect des solutions modernes du droit des contrats. A ce titre, il est de nature à offrir un cadre rassurant pour les investisseurs étrangers installés ou qui souhaitent faire des affaires dans les Etats parties de l'OHADA. En reprenant des solutions largement compatibles avec celles du droit des pays partenaires de l'OHADA et des principes généralement reconnus sur le plan international, le législateur OHADA ouvre la voie au développement d'une *lex mercatoria* africaine moderne.

B. La modernité du modèle UNIDROIT : œuvre de rénovation d'un droit des contrats hérité du législateur colonial

Sauf cas particuliers²⁸, le Code civil français ou la *Common Law* hérités des colonisateurs continuent pour l'essentiel à s'appliquer dans les pays africains. L'uniformisation du droit des contrats sur le modèle des Principes d'UNIDROIT donne l'occasion au législateur OHADA de moderniser cet héritage législatif colonial, et de faire œuvre de rénovation sur certains aspects face aux exigences économiques actuelles.

1. Le recours aux Principes d'UNIDROIT : une œuvre d'adaptation des législations nationales des Etats de l'OHADA aux exigences économiques modernes

Le Projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats ne procède pas à une épuration du droit des contrats hérité du législateur colonial jusque-là applicable dans les pays de l'OHADA. La modernisation de ce droit consiste dans l'application, à adapter aux conditions économiques nouvelles, des grands principes consacrés dans le droit traditionnel des contrats issu du Code civil napoléonien. Il en est ainsi en particulier de la liberté contractuelle, de la force obligatoire du contrat, de la relativité du contrat, de l'interprétation du contrat, de la bonne foi, qui seront brièvement présentés ci-après comme exemple de continuité offerte par la future législation OHADA.

²⁸ On rappellera que trois Etats nés de la décolonisation ont fait œuvre de modernisation : le Sénégal qui s'est doté par deux lois du 10 juillet 1963 et du 13 juillet 1966 d'un Code des obligations civiles et commerciales; Madagascar qui a adopté une série de textes sur le droit des obligations (rassemblés dans la loi du 2 juillet 1966 sur la théorie générale des obligations ; le Mali qui s'est doté d'un Code des obligations civiles et commerciales, à travers sa loi du 29 août 1987.

a) *La liberté contractuelle*

Ce principe, entériné surtout dans les articles 1108.1 du Code civil (qui vise le consentement de la partie qui s'oblige comme condition essentielle de validité du contrat) et 1134.2 (révocation des conventions par consentement mutuel), est clairement formulé à l'article 1.1 du Projet d'Acte uniforme "... *les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu*". Cela impliquera dans l'espace OHADA que les échanges économiques sont réalisés par la voie de concessions réciproques, œuvre des volontés des contractants, et dont l'équilibre sera reflété dans le contrat. Il s'agit donc d'une transposition moderne des effets de la souveraineté de la volonté des parties connue en droit traditionnel des obligations²⁹.

b) *La force obligatoire du contrat*

Formulé à l'article 1134 (al. 1 et 2) du Code civil en ces termes : "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise", le principe de la force obligatoire du contrat reçoit une formulation particulièrement adaptée au contexte du droit OHADA. L'article 1.4 du Projet d'Acte uniforme dispose que : "*Le contrat valablement formé lie ceux qui l'ont conclu. Les parties ne peuvent le modifier ou y mettre fin que selon ses dispositions, d'un commun accord ou encore pour les causes énoncées par le présent Acte uniforme*".

Cette formulation reflète la règle essentielle du droit des contrats "*pacta sunt servanda*". Dans la vie économique, elle est porteuse de sécurité juridique puisqu'elle garantit le respect des engagements souscrits, ce qui rassure et encourage les acteurs à s'engager dans les transactions. Fondé sur un tel principe, le futur droit des contrats dans l'espace OHADA peut s'affirmer comme crédible pour les investisseurs internationaux.

Sauf causes relevant de la volonté commune des parties (prévues au contrat ou résultant d'un accord ultérieur) les causes dérogeant au principe fondamental de la force obligatoire du contrat sont très limitées. En particulier, les parties ne sont pas admises à invoquer des circonstances extérieures ou des événements autres que ceux qui sont qualifiés de force majeure (article 7.7 du Projet d'Acte uniforme) ; elles restent tenues de remplir leurs obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse (article 6.22 – sauf "bouleversement des circonstances", voir *infra*).

c) *L'effet relatif des contrats*

Principe posé à l'article 1165 du Code civil en ces termes "les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121", l'effet relatif des contrats est entériné dans le Projet d'Acte uniforme OHADA à l'article 5/10 qui dispose "1) les droits et obligations nés du contrat n'ont d'effets qu'entre les parties. 2) La situation juridique créée par le contrat est opposable aux tiers de plein droit, sauf si la loi requiert des formalités particulières".

²⁹ Ch. LARROUMET, *Droit Civil, Tome 3 (Les Obligations, Le Contrat)*, Economica, 4^{ème} éd., 94 et s.

Corollaire de l'autonomie de la volonté, l'effet relatif du contrat signifie que le contrat ne peut créer de droits et d'obligations qu'au profit et à l'encontre de ceux qui ont consenti à sa conclusion³⁰; *a contrario*, ceux qui n'y ont pas consenti, c'est-à-dire les tiers par opposition aux parties, ne sauraient devenir créanciers ou débiteurs en vertu du contrat. L'opposabilité aux tiers de plein droit de la situation juridique créée par le contrat, tel que le prévoit le projet d'Acte OHADA, porte garantie de sécurité des relations contractuelles à l'égard des tiers.

d) *L'interprétation du contrat*

Prévue à l'article 1156 du Code civil, aux termes duquel "On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes", la règle de base contenue dans le Projet d'Acte uniforme OHADA énonce à l'article 4.1.1 : "1) Le contrat s'interprète selon la commune intention des parties. 2) Faute de pouvoir déceler la commune intention des parties, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation".

Pour l'interprétation du contrat le juge devra donc déterminer en premier lieu ce que les parties ont voulu ensemble et non pas seulement ce que l'une aurait voulu et qui n'aurait pas été accepté de l'autre.

Un exemple pratique de problème d'interprétation peut résulter de l'emploi de langues différentes par les contractants (ainsi un homme d'affaires africain parlant seulement wolof, et un opérateur économique parlant seulement allemand) ; dans l'hypothèse où l'on ne pourrait établir la "version d'origine" visée à l'article 4/7 (qui dispose "*En cas de divergence entre deux ou plusieurs versions linguistiques faisant également foi, préférence est accordée à l'interprétation fondée sur une version d'origine*"), lorsque le juge ne parvient pas à dégager la volonté commune des parties, il appliquera l'étalon du "raisonnable"³¹.

e) *La bonne foi*

Exigence formulée à l'article 1134.3 du Code civil ("*Les conventions doivent être exécutées de bonne foi*"), la bonne foi constitue un principe fondamental du Projet d'Acte uniforme sur les contrats. L'article 1/6 dispose à ce sujet que "*Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi ; elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée*". La future législation OHADA étend la portée générale de ce principe par une obligation spécifique de bonne foi au stade des négociations (article 2/15.2 : "*... la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie*").

³⁰ LARROUMET, *supra* note 29, 813.

³¹ Le commentaire des Principes d'UNIDROIT sous la disposition correspondante (art. 4.1) indique qu' "il ne s'agit pas d'un critère général et abstrait de ce qui est raisonnable, mais davantage de la compréhension que pourrait avoir une personne ayant par exemple la même connaissance linguistique, la même compétence technique ou la même expérience commerciale que les parties".

On observera que la notion de bonne foi n'est pas définie par le Projet OHADA, ni par les Principes d'UNIDROIT qui l'ont inspiré (article 1.7 dont le texte anglais se réfère à "*good faith and fair dealing*"). Le concept n'est pas facile à cerner, et fait l'objet d'interprétations et d'applications différentes selon les systèmes juridiques et le contexte dans lequel il est utilisé³². Par opposition à la conception subjective (la conviction d'agir conformément au droit), il faudrait comprendre la bonne foi visée par l'Acte uniforme en matière contractuelle comme renvoyant à l'idée de loyauté, c'est-à-dire, comme le précise le Petit Robert, à la "*fidélité à obéir aux règles de l'honneur et de la probité*". De fait, la doctrine suggère de considérer qu'en matière contractuelle, l'appréciation de la bonne foi se fait *in concreto*, en se référant à une norme objectivement élaborée dans le contexte particulier, local ou international, qui a donné naissance à la relation contractuelle³³.

Tout comme dans les Principes d'UNIDROIT, la bonne foi est un principe fondamental qui irrigue l'ensemble de l'Acte uniforme. On trouve des applications particulières de cette obligation dans de nombreuses dispositions de l'Acte uniforme, mais il forme un cadre général – conjointement du reste avec l'article 1/8 sur les usages et les pratiques. Il est si fondamental que les parties ne peuvent y déroger, ni pour l'exclure, ni pour en limiter la portée.

On ne saurait assez souligner l'importance d'un tel concept dans le futur Acte uniforme. La bonne foi globalement renforcée dans la législation africaine des contrats aura pour effet de promouvoir dans l'espace OHADA des standards collectifs de correction, de loyauté et de caractère raisonnable dans les transactions économiques. Objectif d'autant plus nécessaire que dans le contexte spécifique de l'Afrique, le volume impressionnant des transactions informelles, souligne une doctrine, "*installe le règne de la mauvaise foi dans les affaires*"³⁴.

2. Le recours aux Principes d'UNIDROIT, une œuvre de rénovation du droit des contrats dans l'espace OHADA

Si le Projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats fait œuvre de continuité pour de nombreux concepts renfermés dans le droit des contrats classique, il marque aussi des avancées au regard de certaines conceptions traditionnelles du droit civil.

a) Rénovation au niveau de la technique juridique

On peut relever que l'Acte uniforme formule sous forme de principes généraux du droit, des concepts qui étaient certes connus du Code civil, mais qui ne s'y trouvaient pas explicités de façon expresse. On en donne deux exemples ci-après :

³² Voir BONELL, *supra* note 16, 80 et s.

³³ CREPEAU, *supra* note 19, 54.

³⁴ Commentaires de J.M. MBOCK BIUMLA transmis à l'auteur, "Une Lecture d'Afrique de l'article de Marcel Fontaine sur 'Le Projet d'Acte uniforme sur les contrats et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international' (paru dans *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.*, 2004, 253 et s.)"

i) *De la consécration d'un principe de la réparation intégrale*

A la différence des codifications inspirées du code Napoléon, y compris le Code civil, dont aucune disposition n'en affirme expressément le principe, le Projet d'Acte uniforme OHADA fait de la réparation intégrale un principe général du droit des contrats. L'article 7/20 dispose "1) Le créancier a droit à la réparation intégrale du préjudice qu'il a subi du fait de l'inexécution. Le préjudice comprend la perte qu'il a subie et le bénéfice dont il a été privé, compte tenu de tout gain résultant pour le créancier d'une dépense ou d'une perte évitée. 2) Le préjudice peut être non pécuniaire et résulter notamment de la souffrance physique ou morale".

La réparation intégrale constitue une conséquence implicite et nécessaire de la notion d'exécution par équivalent³⁵. En effet, l'article 1149 du Code civil énonçant que les dommages-intérêts doivent correspondre à la perte éprouvée et au gain manqué, il en résulte que tous les éléments du préjudice doivent donner lieu à l'obtention d'un équivalent en argent. Le principe de la réparation intégrale n'est pas propre aux dommages économiques, le projet OHADA précisant que le préjudice non pécuniaire ("notamment" celui qui résulte de la souffrance physique ou morale) peut également faire l'objet de réparation.

ii) *De la formulation de principes généraux relatifs à l'inexécution du contrat*

Le Code civil applicable au droit des contrats dans l'espace OHADA n'aborde l'importante question de l'inexécution du contrat que par le biais de la réparation, qui se résout en attribution de dommages-intérêts (article 1142 et section IV du Chapitre III), sans véritablement définir les fondements de cette réparation : le manquement doit-il être fautif ? Quelle est l'incidence sur la réparation d'une inexécution partielle, totale ou simplement retardée ? Pour la doctrine, cette présentation de la matière dans le Code civil n'a certainement pas facilité l'intelligibilité du système civiliste de l'inexécution puisque sur l'idée de réparation s'est développé le concept de responsabilité contractuelle, lequel semble encore de nos jours susciter nombre de réserves³⁶.

Le législateur OHADA innovera sur ce point en adoptant nombre de principes généraux régissant les règles de l'inexécution du contrat : article 7/1 du projet d'Acte uniforme définissant la notion d'inexécution, article 7/3 concernant l'exception d'inexécution, article 7/4 relatif à la correction de l'inexécution.

³⁵ Selon le Professeur MALAURIE, la réparation par équivalent ou en argent est faite sous forme de dommages-intérêts. Le juge doit accorder à la victime une indemnité qui est l'équivalent exact de ce dont elle a été lésée et la victime est libre d'en faire ce qu'elle veut (Ph. MALAURIE / L. AYNES / Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les Obligations*, Edit. Juridiques associées (2003), 1239).

³⁶ O. CUPERLIER, "Les défauts du Code civil : Réponse à la proposition de Monsieur le Professeur Barthélemy Mercadal", site Internet de l'Institut du Droit d'Expression et d'Inspiration Françaises (IDEF) (<<http://www.institut-idef.org/>>).

b) *Rénovation par l'introduction de conceptions nouvelles*

Un exemple particulièrement illustrateur de cette œuvre de rénovation est fourni par le Chapitre 6 (Exécution), Section 2 du Projet d'Acte uniforme : "*Bouleversement des circonstances*".

L'une des questions qui est parmi les plus discutées en droit moderne du contrat (notamment dans le contexte de l'étude comparative) est l'effet sur les obligations des parties d'un changement fondamental des circonstances de l'exécution du contrat, dont ni l'une ni l'autre n'est responsable. Deux principes fondamentaux sont en cause: *pacta sunt servanda* (les conventions doivent être respectées) et *rebus sic stantibus* (les engagements étant fondés sur l'hypothèse que les circonstances resteront inchangées, des modifications exceptionnelles peuvent mener à l'invalidation de la convention).

Dans le droit des contrats issu du Code civil napoléonien, la question de savoir si le débiteur peut invoquer le défaut d'équivalence des prestations résultant de circonstances postérieures à la conclusion du contrat a reçu une réponse positive à travers la force majeure, et une réponse négative s'agissant de l'imprévision. La première implique la survenance d'un événement extérieur au débiteur et à sa volonté et qu'il ne pouvait ni prévoir, ni empêcher. L'article 1148 du Code civil règle le sort des parties en prévoyant "*Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit*". Le projet OHADA consacre également l'exonération des conséquences de l'inexécution par le débiteur due à la force majeure (article 7/7).

L'imprévision implique également la survenance de circonstances extérieures au débiteur, mais elle n'entraîne pas une impossibilité d'exécution : elle rend simplement cette exécution plus onéreuse pour le débiteur³⁷. Dans un tel cas, à la différence des droits civils français et belge en particulier, qui appliquent strictement le principe de la force obligatoire du contrat³⁸, un grand nombre d'autres systèmes juridiques reconnaissent selon des modalités diverses la possibilité d'ajuster le contrat,

³⁷ LARROUMET, *supra* note 29, 384.

³⁸ Le principe de l'intangibilité des engagements contractuels a été consolidé par la jurisprudence fondatrice dite "Canal de Craponne" (Civ. 6 mars 1876, D.P.1876.1.193, note GIBOULOT) dans laquelle la Cour de cassation française a estimé que pour réviser le montant de la redevance due par les riverains d'un canal d'irrigation qui avait été établi au XVI^{ème} siècle à trois sous, l'accord de deux parties était requis. Cette position demeure inchangée : Com. 18 janvier 1950, *Dalloz*,1950.227 ; Com. 18 décembre 1979, JCP 1979.IV.89 ; *Revue trimestrielle de droit civil* (1980), 780, obs. CORNU. Le droit administratif français a néanmoins admis l'application de l'imprévision. On remarquera que l'avant-projet de réforme du droit des obligations en France (*supra* note 19, 43) propose d'introduire un mécanisme permettant au juge d'ordonner la renégociation d'une convention qui a perdu tout intérêt pour l'une des parties (art. 1135).

On notera aussi avec intérêt que c'est en application du principe *pacta sunt servanda* que la jurisprudence arbitrale internationale parvient parfois à des solutions opposées (là où les parties n'ont pas stipulé au contrat de clause de *hardship*): tantôt pour exclure la révision du contrat, tantôt pour consentir à sa révision au profit de celui qui justifie que sans une telle révision, le contrat ne pourrait être exécuté. (Voir affaire CCI 2216, *Journal de droit international*, 1975-917, Commentaires Yves DERAIS ; affaire 2404, *Idem*,1976, 995)

ou encore d'y mettre fin. Compte tenu des solutions divergentes des droits nationaux, les contrats internationaux de longue durée (par exemple la vente de pétrole ou les ouvertures de crédit en euromonnaie) dont l'exécution peut être particulièrement affectée par des changements modifiant radicalement l'équilibre du contrat, incluent fréquemment des clauses de renégociation, dites de "Hardship" qui prévoient la révision du contrat et assurent les parties d'un règlement certain de la question ³⁹.

C'est en ce qui concerne le sort du contrat affecté par un changement radical des conditions d'exécution que se situe l'une des innovations à notre avis les plus importantes du Projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats. On relèvera que le régime qu'il préconise est fondé à l'identique sur celui des Principes d'UNIDROIT – la terminologie étant dans ce contexte celle de "Hardship" – dans les articles 6/2.1 et 6/2.3.

En premier lieu, l'article 6/22 rappelle l'application du principe fondamental de la force obligatoire du contrat "quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse". Toutefois ce principe est soumis à des aménagements en cas de "bouversement des circonstances", concept qui est très spécifiquement défini à l'article 6/23 ⁴⁰. On comprend qu'il s'agit de circonstances exceptionnelles, dans lesquelles une partie ne pourrait exiger de l'autre une exécution stricte qui serait excessivement onéreuse pour celle-ci sans aller à l'encontre de l'équité et de la bonne foi. En présence de telles circonstances, dont les effets sont prévus à l'article 6/24 ⁴¹, l'adaptation par voie de renégociation apparaît donc comme une mesure de sauvegarde du contrat (ce qui correspond au principe général du "favor contractus") ⁴², à l'initiative de la partie lésée, et le cas échéant avec l'intervention du tribunal, qui pourra "s'il l'estime raisonnable" résilier le contrat ou adapter celui-ci.

³⁹ Voir M. FONTAINE / F. DE LY, *Droit des contrats internationaux (Analyse et rédaction de clauses)*, 2^{ème} éd., Fondation pour l'Etude du Droit Européen et des Usages du Commerce International (2003), 487-491.

⁴⁰ Article 6/23 : "Il y a bouleversement des circonstances lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et

- a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat;
- b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération;
- c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée; et
- d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée."

⁴¹ Article 6/24 : "1) En cas de bouleversement des circonstances, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée.

2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.

3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal.

4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de bouleversement des circonstances peut, s'il l'estime raisonnable:

- a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe; ou
- b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations. "

⁴² MALAURIE et autres, *supra* note 35, 350.

Le projet d'Acte uniforme offre à notre sens une solution particulièrement appropriée pour le maintien des relations commerciales en général et la protection de l'économie du contrat, dans une région du monde où le contexte économique peut donner lieu à instabilité. Nous pensons que cette possibilité sera de nature à rassurer les investisseurs étrangers (notamment ceux qui sont liés par des contrats à long terme avec des Etats ou des entreprises publiques), dont beaucoup la connaissent déjà dans leurs propres pays.

Les développements exposés dans cette première partie auront fourni des illustrations suffisantes de la pertinence du choix du modèle des Principes d'UNIDROIT pour la préparation d'un Acte uniforme sur le droit des contrats en OHADA, comme offrant un ensemble de règles prévisibles, modernes et déjà largement reconnues dans l'environnement international. On s'interrogera dans la partie suivante sur la question de savoir si ce modèle tient suffisamment compte de la stabilité des situations contractuelles garantie par les pratiques et usages du droit des contrats jusque-là applicable dans le contexte spécifique des Etats de l'OHADA.

DEUXIEME PARTIE : LES RESERVES QUANT A LA GARANTIE DE STABILITE DES SITUATIONS CONTRACTUELLES SPECIFIQUES AU CONTEXTE DE L'AFRIQUE DANS LE PROJET D'ACTE UNIFORME SUR LES CONTRATS INSPIRE DES PRINCIPES D'UNIDROIT

Parlant de la *"résistance du droit africain à la modernisation en matière d'obligations"*, le Professeur DECOTTIGNIES souligne que *"tout changement de législation, quel qu'il soit, apporte par lui-même un trouble aux transactions. Or, celles-ci ont besoin de sécurité"*⁴³.

Précisément pour répondre à l'objectif de sécurité juridique, les Etats africains de l'espace OHADA ont entendu supprimer la diversité des législations nationales en leur substituant un texte uniforme pour tous les Etats concernés⁴⁴. S'agit-il ainsi d'éradiquer les dispositions des droits nationaux antérieurement applicables dans les matières relevant du domaine du droit des affaires tel que défini à l'article 2 du Traité, pour leur substituer une législation supranationale dont les sources peuvent ne pas se limiter au droit antérieur des Etats ou même s'inspirer d'une législation étrangère ?

Des réponses à cette question ont été envisagées dans le cadre d'une abondante doctrine sur la portée abrogatoire des Actes uniformes⁴⁵. Ce qui apparaît constant dans

⁴³ R. DECOTTIGNIES, "La résistance du droit africain à la modernisation en matière d'obligations", Actes du Colloque de Dakar 5-9 juillet 1977, *Revue sénégalaise de droit* n° 21 (1977-1978), 59 et s.

⁴⁴ ISSA-SAYEGH, *supra* note 7, 7.

⁴⁵ J. ISSA-SAYEGH, "La Portée abrogatoire des Actes uniformes de l'OHADA sur le droit interne des Etats-Parties", *Revue Burkinabé de droit*, n° spécial, 39-40, 51 ; *Idem*, "L'intégration juridique des Etats africains dans la zone franc", *Recueil Penant*, n° 823 (1997), 5 et s. et n° 824 (1997), 125 et s ; J.F. GAULME, "L'intégration régionale dans le cadre de la zone franc : un mouvement promoteur", *Marchés tropicaux* (15 nov. 1991), 2921 ; T.G. LAFOND, "Le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique", *Gazette du Palais* (20 et 21 sept. 1995), 1 et s ; G. KENFACK DOUJANI, "L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA", *Revue Camerounaise de l'Arbitrage* n° 27 (oct/déc 2004), 3 et s.

les diverses interprétations, c'est que malgré une influence certaine de l'internationalisation dans son élaboration, le droit OHADA n'est pas en totale rupture avec le droit antérieur des Etats parties⁴⁶. Le Professeur ISSA SAYEGH relève à cet effet les mérites d'une interprétation étroite de l'article 10 du Traité et des dispositions abrogatoires selon laquelle ne seraient considérées comme abrogées ou interdites pour l'avenir que les seules dispositions nationales contraires à des dispositions précises des Actes uniformes ayant le même objet. Ce qui constitue un avantage certain, à savoir l'avantage du maintien des dispositions utiles pour compléter les Actes uniformes⁴⁷.

La question présente un regain d'intérêt avec le Projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats, bien que le Conseil des Ministres, organe législatif de l'OHADA ait déjà tranché. En effet, contrairement aux autres Actes uniformes qui s'inspirent en général du droit que certains auteurs ont qualifié d'origine essentiellement civiliste et francophone⁴⁸, le Projet d'Acte uniforme sur les contrats s'appuie sur les *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*⁴⁹, instrument entendu à l'origine comme ayant une portée universelle, et dépourvu de rattachement à un système juridique particulier.

Afin de d'alimenter par une approche participative la réflexion qui accompagnera l'examen du Projet et de créer des conditions d'application aussi favorables que possible au futur droit des contrats OHADA, il nous paraît opportun de reprendre deux questions principales, auxquelles du reste l'auteur de l'Avant-projet a proposé en partie des solutions⁵⁰, et qui pourraient susciter dans les milieux juridiques africains une certaine préoccupation. En premier lieu, la substitution de l'actuel droit des contrats, généralement reconnu comme inadapté, par un droit des contrats inspiré d'un modèle "anational" est-elle compatible avec la stabilité des transactions commerciales garantie par la pratique contractuelle dans le contexte de l'Afrique ? Par ailleurs, le recours au modèle des Principes d'UNIDROIT, dont les règles ont été conçues particulièrement pour les contrats du commerce international, peut-il justifier l'uniformisation d'une théorie générale du contrat impliquant à la fois les contrats civils et commerciaux dans le contexte particulier de l'espace OHADA ?

Nous examinerons l'une après l'autre ces questions, à notre avis fondamentales pour l'avenir du futur Acte uniforme sur les contrats, et à l'égard desquels nous pouvons d'emblée exprimer certaines réserves.

46 Voir les articles cités *supra* note 46, et particulièrement celui de KENFACK DOUJANI

47 ISSA-SAYEGH, "La Portée abrogatoire ...", *supra* note 45, 7.

48 R. SORIEUL, "Convergences entre la CNUDCI et l'OHADA", in Ph. Fouchard (sous la direction de), "l'OHADA et les Perspectives de l'arbitrage en Afrique", Bruylant, 2000.

49 Le Projet reprend 161 articles des Principes d'UNIDROIT dans des termes littéraux, 31 résultent d'une simple adaptation du texte d'origine, et seuls 35 articles sont nouveaux.

50 FONTAINE, *Note explicative ...*, *supra* note 12, 7-10.

A. Des réserves quant à la compatibilité d'un droit des contrats inspiré d'un modèle "anational" avec les spécificités des transactions commerciales dans le contexte de l'Afrique

L'auteur de l'avant-projet a souligné qu'un principe de base ayant gouverné l'élaboration de celui-ci était la prise en compte des spécificités justifiant dans le contexte des pays de l'OHADA un aménagement du modèle constitué par les Principes d'UNIDROIT⁵¹. Afin de nous assurer que ces éléments ont été pris en compte dans toute leur dimension, nous reprendrons à notre tour les deux domaines identifiés comme étant d'une part le contexte strictement juridique, et d'autre part les "circonstances de fait et les données sociologiques".

1. Les considérations juridiques du concept de spécificités africaines

Trois réalités complémentaires sont en présence : l'environnement juridique précédant la colonisation ; le droit des contrats hérité du législateur colonial ; l'environnement juridique moderne résultant de la construction OHADA.

a) L'environnement juridique précédant la colonisation

Nous pensons que le droit traditionnel des contrats existant avant la colonisation, et qui connaît encore des vestiges d'application à travers la pratique contractuelle et les usages, peuvent conserver une certaine actualité dans l'élaboration d'un futur Acte uniforme modernisant le droit des contrats en Afrique⁵². Cela est d'autant avéré que le Professeur Blanc-Jouvan relevait déjà que "*les pratiques et croyances ne peuvent pas se transformer subitement, sous l'action d'un législateur moderne ..., et qu'il est illusoire de penser que le droit peut changer plus vite, au risque même de détruire l'harmonie d'ensemble*"⁵³.

Le Doyen Stanislas MELONE relevait que si l'on ne peut pas conclure à l'existence d'une théorie générale traditionnelle des obligations, des recherches en jurisprudence locale révélaient qu'un droit traditionnel des contrats a existé avant l'époque coloniale et continue, malgré la présence du Code civil importé de la France, à exercer une certaine influence en Afrique grâce à des règles originales relatives à la formation et à la preuve du contrat⁵⁴. On peut citer parmi celles-ci quelques-unes qui ont gardé toute leur originalité dans la pratique contractuelle et résisté au Code civil : le caractère solennel du contrat et la preuve testimoniale.

⁵¹ *Ibidem*, 8.

⁵² A la différence de l'auteur de l'avant-projet qui semble concorder avec certains interlocuteurs approchés selon qui, "*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*" ;

⁵³ X. BLANC-JOUVAN, *supra* note 6, 38.

⁵⁴ S. MELONE, "Les résistances du droit traditionnel au droit moderne des obligations", Actes du Colloque de Dakar 5-9 juillet 1977, *Revue Sénégalaise de Droit* (1977), 47.

Le contrat est solennel en droit traditionnel en ce qu'il ne se forme pas seulement par un simple échange de consentement. Sa validité est en plus subordonnée à la présence d'un témoin lors de sa formation, lequel pourra en rapporter la preuve. Nous pensons avec le Doyen MELONE qu'il serait approprié de reprendre la théorie de la volonté déclarée du droit traditionnel qui assure une plus grande sécurité juridique que le concept de volonté réelle ou psychologique du Code civil⁵⁵. Pour ce qui est de la preuve, le système traditionnel voit dans le témoignage – et non pas dans l'écrit – le mode privilégié, et est donc moins formaliste que le code civil⁵⁶.

Ces conceptions du droit traditionnel ont-elles été suffisamment prises en compte dans le Projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats ? Il semblerait au vu des dispositions du Projet que celui-ci est plutôt proche du système français qui invite à rechercher l'intention des parties au-delà de la manifestation extérieure de volonté⁵⁷. Sous réserve d'approfondissements quant à la portée des dispositions de ce texte, nous pencherions pour notre part pour que, dans un souci de sécurité juridique, ce soit cette dernière qui soit privilégiée dans le Projet d'Acte uniforme, notamment quant au mode de formation, à l'offre et à l'acceptation, et que cette volonté déclarée se suffise à elle seule pour former le contrat (sous réserve des vices du consentement, qui sont traités dans le chapitre sur la validité du contrat).

Quant à la preuve, l'article 1/3.2 du Projet d'Acte uniforme dispose que "Les questions de preuve sont régies par les dispositions qui les concernent", un tel choix découlant du fait que le droit de la preuve était destiné à faire l'objet d'un Acte uniforme distinct⁵⁸. Faute de solution au fond, le droit de la preuve continuerait donc d'être régi par le système du Code civil qui donne à l'écrit une place prépondérante. Etant donné que le Projet affirme déjà le principe de la liberté de la forme du contrat, il serait logique d'admettre la preuve testimoniale ou la preuve orale comme principe dans le nouveau droit des contrats. C'est la raison pour laquelle on pourrait plutôt préconiser de reprendre la solution consacrée à l'article 1.2 des Principes d'UNIDROIT

⁵⁵ *Ibidem* ; cette théorie de la volonté déclarée se rapproche du système allemand des contrats.

⁵⁶ Doyen Melone préconisait alors l'idée que dans la perspective d'une modernisation du droit des contrats en Afrique, l'on puisse repenser le système de preuve en enlevant à l'écrit le rôle prépondérant qu'il joue dans la preuve des obligations, *ibidem*, 51.

⁵⁷ On notera en effet l'article 4.1 du Projet d'Acte uniforme ("le contrat s'interprète selon la commune intention des parties") ; en matière de formation du contrat, les articles 1/3 (énonçant le principe de l'absence d'exigence de forme particulière du contrat), et 2/1 sur le mode de formation du contrat ("Le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord") – tout en s'interrogeant sur le point de savoir s'ils suffisent à corroborer l'idée résultant de l'article 3.2 des Principes d'UNIDROIT (non repris dans le Projet d'Acte) selon laquelle le seul accord des parties suffit pour valider le contrat ; également, les dispositions de caractère plus technique que sont les articles 2/2 et 2/6 (Définition de l'offre et Mode d'acceptation) dont celui-ci prévoit notamment : "Constitue une acceptation toute déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre" et que "ni le silence, ni l'inaction ne peuvent à eux seuls valoir acceptation", reflétant (avec l'article 4/1 du Projet : "le contrat s'interprète selon la commune intention des parties").

⁵⁸ A la réunion du Conseil des Ministres tenue à Bangui en mars 2001, le Conseil avait décidé que le programme d'harmonisation inclurait également "... le droit de la preuve".

qui dispose que "... le contrat peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins" et qui constituerait un facteur d'équilibre entre le droit moderne et le droit traditionnel des contrats.

b) Le droit des contrats hérité du législateur colonial

Autre aspect de la "spécificité africaine", le droit des contrats hérité du législateur colonial, à la fois dans ses adaptations dans la tradition juridique propre à chaque pays et dans la pratique jurisprudentielle et les usages auxquels il a donné lieu. Il s'agit du Code civil français dans ses multiples intégrations dans les Etats africains francophones, du droit des contrats tel qu'applicable en Guinée-Bissau de tradition juridique lusophone, du droit des contrats en vigueur en Guinée Equatoriale de tradition juridique hispanophone, sans oublier le biculturalisme juridique connu au Cameroun avec une partie francophone qui applique le système du Code civil, et une partie anglophone qui applique le *law of contract* issu de la *Common Law*.

Nous avons relevé que le Projet d'Acte uniforme sur les contrats, certainement en ce qu'il s'inspire des Principes d'UNIDROIT à vocation universelle et à caractère anational⁵⁹, n'est rattaché spécifiquement à aucune des quatre traditions juridiques qui caractérisent les pays de l'OHADA. En revanche, les grands principes sur lesquels repose le Projet d'Acte sont ceux que consacrent la plupart des systèmes juridiques, dont celui du droit français et des droits espagnol et portugais, mais également du système de la *Common Law*, de sorte que les juristes familiers de ces différentes traditions ne devraient se sentir aucunement dépayés à cet effet.

En revanche il y a lieu de se demander si le Projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats a suffisamment intégré les usages, les coutumes et la pratique contractuelle qui constituent une autre spécificité de l'environnement commercial en Afrique, et dont l'importance pour assurer la stabilité des transactions a été amplement soulignée ?⁶⁰

L'article 1/8 du Projet d'Acte uniforme (intitulé *Usages et pratiques*) prévoit : "1) Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti ainsi que par les pratiques qu'elles ont établies entre elles. 2) Elles sont liées par tout usage qui est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même nature, à moins que son application ne soit déraisonnable".

⁵⁹ *Principes d'UNIDROIT ...*, supra note 10 : Voir Préambule et Commentaires, 1 et s. L'idée d'émergence d'un véritable "droit anational" par les Principes d'UNIDROIT est soutenue et critiquée par MOURRE / JOLIVET, supra note 21, 290

⁶⁰ Le Doyen melone (supra note 54, 63) se réfère à la jurisprudence camerounaise. La Cour Suprême a par exemple admis, en application du Décret n°71-DF-544 du 19 décembre 1969 organisant les juridictions traditionnelles au Cameroun oriental qui donne compétence au juge de droit traditionnel d'intervenir dans le contentieux du droit des contrats, que tous les citoyens étant justiciables de leurs coutumes respectives dans les différends qui peuvent les opposer en matière contractuelle, ils ne peuvent se faire appliquer le droit écrit à propos d'un acte juridique déterminé qu'en faisant clairement l'option de juridiction (Arrêt n°19 du 26 mars 1968, Bull. CS-COR n°22, 2159 et Arrêt n°29 du 16 janvier 1979, Bull, CS n°38, 2286).

La référence aux usages et pratiques comme une source du futur droit contractuel est en soi une solution qui apaise partiellement l'inquiétude d'une absence d'implication de l'environnement juridique national dans cette réforme. On rappellera cependant que la disposition correspondante des Principes d'UNIDROIT (l'article 1.9.1) est elle-même très inspirée de l'article 9.1 de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises qui traduisait le souci des pays en développement que les parties soient avant tout liées par les usages auxquels elles avaient consenti ou qu'elles avaient elles-mêmes créés. Si l'on peut comprendre que les parties qui entretiennent régulièrement des relations d'affaires puissent établir des pratiques ou des usages entre elles, comment interpréterait-on le contrat liant les parties qui se trouvent à leur premier contrat, et qui ne sont pas convenues des usages et pratiques applicables à leur contrat ?

D'où la nécessité, comme solution préconisée, d'une sorte de localisation des usages et pratiques visés à l'article 1.8.2 du Projet d'Acte uniforme, l'élément de localisation permettant au juge de jouer plus efficacement son rôle d'investigation des usages et pratiques applicables au contrat des parties. Dans cette perspective, l'on pourrait suggérer la modification suivante à l'article 1/8.2 : *"Elles sont liées par tout usage qui est largement connu dans le lieu d'exécution du contrat, et régulièrement observé à des contrats de même nature, à moins que son application ne soit qualifiée de déraisonnable par le juge"*.

c) *L'environnement juridique moderne résultant de la construction OHADA*

Enfin, par "spécificité africaine", il faudrait entendre l'environnement juridique actuel dans lequel s'intégrera le futur Acte uniforme. Nous nous intéressons ici à la cohérence d'ensemble de ce Projet d'Acte uniforme par rapport au Traité OHADA et aux autres Actes uniformes.

i) *De la cohérence de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats avec le Traité OHADA*

– En premier lieu, nous relèverons deux points de forme qui pourraient entraîner une confusion de terminologie ou des interrogations.

La notion de "tribunal". L'article 1/10 al. 1 du Projet d'Acte uniforme qui traite des définitions dispose que : *"Aux fins du présent Acte uniforme : le terme "tribunal" s'applique au tribunal arbitral"*. Si l'on prend acte de l'intention des rédacteurs des Principes d'UNIDROIT de viser ainsi tant les tribunaux arbitraux que les tribunaux judiciaires⁶¹, il nous semble que le libellé du Projet risque de donner lieu à une interprétation restrictive malencontreuse. Afin de dissiper toute équivoque, nous suggérons une reformulation de cette définition, en retenant par exemple que *"le terme 'tribunal' s'entend du tribunal arbitral ou du tribunal judiciaire"*.

⁶¹ Voir *Principes d'UNIDROIT ...*, supra note 10, Commentaire 1 sous art. 1.11.

On peut également s'étonner pour quelque peu le regretter, de l'initiative dans le Projet d'Acte de traiter de l'erreur, du dol et de la contrainte dans le chapitre 3 "Validité du contrat", alors que ces vices qui peuvent affecter le consentement des parties au niveau de l'offre et de l'acceptation font l'objet de toute une construction théorique et jurisprudentielle dans le Code civil⁶². Tels qu'incorporés dans le chapitre "validité du contrat", les vices du consentement ne semblent plus que constituer des cas d'invalidité du contrat, alors qu'ils méritaient bien leur place comme principe général, sous le chapitre relatif à "la formation du contrat"⁶³.

– En ce qui concerne les problèmes de cohérence au fond du Projet d'Acte uniforme avec le Traité OHADA, on s'interrogera sur le principe de la liberté contractuelle consacré par le Projet d'Acte sur le droit des contrats au regard de la portée de l'article 10 du Traité OHADA.

L'article 1.2 du Projet dispose que *"les parties peuvent exclure l'application du présent Acte uniforme, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets, à moins que le présent Acte uniforme n'en dispose autrement"*. A l'instar du rôle prépondérant que le Code civil reconnaît à la volonté des parties dans la formation du contrat, la liberté contractuelle consacrée dans le Projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats signifie que les parties ont le pouvoir d'écarter purement et simplement l'application de l'Acte, de déroger à l'une de ses dispositions ou d'en modifier les effets.

On remarquera du reste qu'il existe déjà des dispositions supplétives dans les autres Actes uniformes réglementant des contrats particuliers; en revanche les dispositions impératives, qui sont d'ordre public, ne sont pas soumises à la liberté contractuelle⁶⁴. C'est le sens de l'exception qui assortit le principe, exprimé par la proposition *"à moins que le présent Acte uniforme n'en dispose autrement"*.

Quant à l'article 10 du Traité OHADA, il énonce *"les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure"*, affirmant ainsi la force obligatoire des Actes uniformes et leur substitution aux normes juridiques existantes et mêmes futures⁶⁵. *A priori*, on peut interpréter la supranationalité des Actes uniformes comme une conséquence de l'abandon de la souveraineté législative des Etats qui se sont astreints à l'obligation d'appliquer les Actes uniformes en lieu et place des dispositions de droit national. Mais on pourrait aussi interpréter le caractère obligatoire

⁶² LARROUMET, *supra* note 29, 120; MALAURIE / AYNES / STOFFEL-MUNCK, *supra* note 35, 229 et s.

⁶³ Le Professeur Fontaine en réponse, explique fort heureusement que ce choix des Principes d'UNIDROIT de réunir dans un chapitre distinct les différents problèmes de validité du contrat répond plus à un souci de clarté de présentation qu'à une sous-estimation de l'importance des vices du consentement.

⁶⁴ A titre d'exemple, dans l'Acte uniforme sur le droit commercial général, les dispositions sur le bail sont en principe supplétives, sauf celles que l'Acte déclare d'ordre public (art. 102); celles sur les intermédiaires paraissent supplétives (à l'exception de l'art. 200), et il pourrait être également que ce soit le cas des dispositions sur la vente commerciale. En revanche, la plupart des dispositions de l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route semblent impératives (art. 28).

⁶⁵ *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2^{ème} éd., 37, Commentaires J. LOHOUES-OBLE.

des Actes uniformes comme s'imposant aux parties, qui se voient alors obligées de se plier aux règles uniformes édictées. L'on sait que jusqu'à présent, le principe de la force obligatoire des Actes uniformes est acquis, bien qu'une abondante doctrine se soit penchée sur la portée réelle dudit principe⁶⁶.

Une telle interprétation serait-elle concevable en droit des contrats dont la pierre angulaire est la liberté contractuelle, qui veut que les parties puissent s'entendre "librement" sur le contenu de leur engagement ainsi que sur la loi applicable à leur contrat ?

La volonté du législateur OHADA de respecter cette liberté contractuelle qui fonde le droit des contrats ne fait pas de doute. Cependant, il nous semble que pour éviter le risque que l'article 1/2 du Projet d'Acte uniforme soit compris comme énonçant un principe contradictoire au regard du caractère obligatoire des Actes uniformes affirmé à l'article 10 du Traité OHADA, une coordination entre ces dispositions s'avère nécessaire. Il faudrait donc bien comprendre le mécanisme de la liberté contractuelle consacré dans le Projet d'Acte uniforme. Car si l'on peut concevoir que les parties puissent déroger à certaines dispositions qui n'ont pas un caractère impératif, ce qu'affirment les Principes d'UNIDROIT eux-mêmes qui ont inspiré le Projet⁶⁷, on ne concevrait pas non plus qu'elles puissent purement et simplement écarter l'application de l'Acte uniforme lui-même dans ses dispositions obligatoires, au regard de la portée de l'article 10 du Traité⁶⁸.

La solution d'une meilleure coordination de ces deux textes pourrait consister, non pas à reconnaître aux parties le principe d'une exclusion pure et simple de l'Acte uniforme – ainsi que le prévoit l'article 1/2 du Projet qui semble déroger à l'article 10 du Traité OHADA –, mais simplement celui d'exclure ou de modifier les dispositions de l'Acte uniforme qui n'ont pas un caractère impératif ou obligatoire.

L'article 1/2 du Projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats, pourrait alors devenir : "Sous réserve des dispositions impératives ou obligatoires, les parties peuvent exclure l'application du présent Acte uniforme, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets".

ii) *De la cohérence de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats avec les Autres Actes uniformes OHADA*

La Note explicative à l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats explique suffisamment les mécanismes d'une coordination entre ce texte et les autres Actes uniformes⁶⁹. Nous n'y reviendrons pas outre mesure, sauf sur deux points précis.

⁶⁶ GAULME, *supra* note 45 ; ISSA SAYEGH, *idem* ; LAFOND, *idem* (voir p. 32, note 88) ; "Vers un droit unifié des affaires pour toute la zone franc", *Tribune de l'expansion* (vendredi 4 oct. 1991).

⁶⁷ *Principes d'UNIDROIT ...*, *supra* note 10, art. 1.4 sur les règles impératives.

⁶⁸ A. DJIBRIL, "La supranationalité de l'OHADA", *Revue EDJA*, n° 44 (jan/mars 2000), 7 et s.

⁶⁹ *Note explicative*, *supra* note 10, 26 et s.

– Le premier concerne les différences entre le régime des nullités en vertu de l'Acte uniforme portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution, et les dispositions en la matière du Projet sur le droit des contrats.

Une étude approfondie de la question montre que le droit des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution a quasiment généralisé les nullités de plein droit ou d'ordre public, et réservé un rôle résiduel aux nullités virtuelles⁷⁰. La jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage affirme nettement, par application de l'article 297 dudit texte que :

*"L'Acte uniforme portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution a expressément prévu que l'inobservation de certaines formalités prescrites est sanctionnée par la nullité. Toutefois, pour quelques-unes de ces formalités limitativement énumérées, cette nullité ne peut être prononcée que si l'irrégularité a eu pour effet de causer un préjudice aux intérêts de celui qui l'invoque. Hormis ces cas limitativement énumérés le juge doit prononcer la nullité lorsqu'elle est invoquée s'il constate que la formalité prescrite à peine de nullité n'a pas été observée sans qu'il soit alors besoin de rechercher la preuve d'un quelconque préjudice"*⁷¹.

Le Projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats quant à lui, reprend la distinction classique nullité absolue (article 3/13) et nullité relative (article 3/14), ce qui permet de déterminer plus facilement le régime juridique des nullités consacrées. En conséquence, dans le cadre de ce dernier texte, contrairement à la nullité de plein droit des procédures d'exécution, la nullité est soulevée d'office quand elle est absolue, et elle ne peut être invoquée que par la personne en faveur de qui elle est établie si elle est relative⁷². Dans l'un et l'autre cas, l'Acte uniforme sur le droit des contrats ne se préoccupe pas de l'incidence du préjudice ou du grief dans la nullité.

Si des différences entre les régimes de nullité applicables respectivement aux contrats et aux actes de procédure sont concevables, ne pourrait-on pas uniformiser le régime juridique des nullités du droit OHADA, en consacrant plus globalement le régime traditionnel de l'Acte uniforme sur le droit des contrats qui est plus favorable aux parties, par rapport au régime de nullité de l'Acte uniforme sur les Procédures Simplifiées de Recouvrement et les Voies d'Exécution qui apparaît trop contraignant⁷³ ?

– Le deuxième point méritant une attention particulière est la coordination entre le Projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats et le Projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation dont la préparation est maintenant à un stade avancé.

⁷⁰ F. ONANA ETOUNDI, *L'incidence du nouveau droit communautaire OHADA sur le droit interne de l'exécution des décisions de justice en droit interne des Etats parties : Cas du Cameroun*, Thèse de Doctorat d'Etat en Droit des Affaires, Université de Yaoundé II (janvier 2005).

⁷¹ Avis n°001-99-JN du 7 juillet 1999.

⁷² *Avant-projet*, supra note 12, arts. 3.13 et 3.14 respectivement.

⁷³ Les nullités de plein droit consacrées dans l'ensemble de l'Acte uniforme s'imposent au juge sans qu'il soit besoin de rechercher l'existence d'un grief ou d'un préjudice. Les conséquences de ce régime des nullités impératives sont parfois néfastes pour les deux parties. Voir F. ONANA ETOUNDI, "Le régime juridique des nullités de procédure dans l'Acte uniforme portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et Voies d'Exécution", Séminaire Huissiers de Justice, Abidjan, Cote d'Ivoire (30 juillet 2005).

Dans ce qu'on peut appeler un "exposé de motifs" de ce projet, son auteur⁷⁴ relève que l'Acte uniforme sur le droit des contrats a un champ d'application général et concerne tous les contrats, y compris les contrats de consommation, alors que l'Acte uniforme sur le contrat de consommation doit être vu comme un ensemble de dispositions particulières applicables aux seuls contrats conclus entre une entreprise et un consommateur. Il en conclut que "les dispositions de l'Acte uniforme sur le droit des contrats s'appliqueront donc au contrat de consommation à défaut de dispositions particulières dans l'Acte uniforme sur le contrat de consommation et pour les aspects qui ne sont pas couverts par celui-ci"⁷⁵.

Nous pouvons nous réjouir de la bonne articulation entre ces avant-projets dont les champs d'application se complètent, et renferment des règles générales communes. Celles-ci sont à l'occasion formulées à l'identique, notamment dans les dispositions sur la bonne foi, sur l'absence de formalisme dans la formation du contrat et sur le "bouversement des circonstances". L'auteur de l'Avant-projet sur les contrats de consommation s'est expliqué⁷⁶ sur ces redites, qui auraient semblé au profane un double emploi inutile. Il souligne l'utilité d'insister explicitement sur la pertinence de ces règles dans le cadre des rapports juridiques nés de contrats de consommation, qui mettent en présence des parties séparées par un profond déséquilibre de compétences, de formation juridique et d'éducation. Il invoque en outre le souci de donner cohérence à une matière nouvelle et généralement dispersée, en rassemblant les dispositions protectrices les plus essentielles afin d'en faciliter l'accès pour le consommateur, ainsi que les entreprises, les juges et les fonctionnaires chargés de la mise en œuvre du futur droit des contrats de consommation, améliorant ainsi grandement son effectivité.

Ces raisons d'ordre surtout pédagogiques nous paraissent convaincantes, d'autant plus au regard de la solution qui sera préconisée plus avant de limiter le champ de l'Acte uniforme sur le droit des contrats aux seuls contrats commerciaux.

2. Les données sociologiques du concept de spécificités africaines

Les données sociologiques, qui sont nécessairement présentes dans toute réalité juridique, ont-elles été suffisamment prises en compte dans le Projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats ?

Il n'est certes pas facile de cerner les contours du concept⁷⁷, dont on peut dire

⁷⁴ M. Thierry BOURGOIGNIE, Professeur ordinaire, Directeur du Groupe de Recherche en Droit International et Comparé de la Consommation (GREDDIC), Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal (USAM), Canada.

⁷⁵ T. BOURGOIGNIE, *Note explicative accompagnant l'Avant projet d'Acte uniforme sur le droit de la consommation* (texte révisé au 31 août 2005).

⁷⁶ Observations du Prof. BOURGOIGNIE (19 sept. 2005), recueillies au cours de la présente étude.

⁷⁷ Voir *Note explicative ...*, *supra* note 10, 16. On se limitera ici à citer R. DAVID : "le droit doit composer avec les données sociales et respecter dans une certaine mesure les sentiments, les manières de voir naturelles à la société, à peine de demeurer une œuvre théorique et de perdre même le caractère de droit ; car il ne serait plus, en dépit de toute sa valeur morale, ce qui est juste pour la société envisagée", *Annales africaines* (1962), 162).

en termes généraux qu'il touche de près les mœurs, les croyances, le genre de vie. L'auteur de l'avant-projet, sur la base des consultations qu'il a menées auprès d'un ample cercle de spécialistes, a identifié deux caractéristiques essentielles pertinentes, l'analphabétisme et la faiblesse généralisée de culture juridique dans les Etats de l'OHADA. Ecartant l'option d'un droit simplifié et de compréhension aisée qui semblerait découler de telles caractéristiques, il préconise au contraire "une armature juridique susceptible d'attirer les investisseurs et de permettre aux Etats membres de participer à armes égales aux échanges internationaux", d'où un "droit harmonisé des contrats qui contienne des règles sophistiquées quant au processus de formation, quant aux sanctions de l'inexécution, quant à la transmission de ces obligations"⁷⁸.

Au-delà de l'opposition droit sophistiqué / droit simplifié, on ne saurait trop souligner l'importance de créer des conditions favorables à l'application du futur droit uniforme sur les contrats. Il convient en premier lieu de faire le constat de l'insuffisance de l'application en pratique du droit OHADA en vigueur à ce jour⁷⁹. Les efforts n'ont pourtant pas manqué en vue de la diffusion et de la vulgarisation du droit OHADA, ainsi que pour la formation des différents acteurs que sont les praticiens, avec l'appui des bailleurs de fonds et partenaires techniques, et sous l'impulsion des institutions de l'OHADA elles-mêmes. Or, il y a lieu de penser que les réticences ne se trouvent guère dans l'analphabétisme – même les analphabètes savent qu'il faut respecter la loi – ou la faiblesse de culture juridique. La difficulté se situe plutôt au niveau de l'acceptation effective, de la compréhension et de l'interprétation – y compris par les professionnels du droit – des textes OHADA, dont l'inflation est aussi mise en cause⁸⁰.

Le futur Acte uniforme sur le droit des contrats devrait avoir le grand mérite de faire exception à cette singulière méthode de changer "brutalement" un droit positif qui dure depuis des siècles, sans préparer le justiciable et les praticiens à l'accueillir. On pourra se féliciter de la procédure participative de son élaboration, de ses liens avec un instrument international moderne et sophistiqué, mais on doit aussi et surtout assurer

⁷⁸ Note explicative ..., supra note 10, 10.

⁷⁹ Les statistiques du contentieux porté devant la CCJA font apparaître que seuls deux des seize pays membres de l'OHADA (la Côte d'Ivoire et le Cameroun) ont de façon notable appliqué le droit OHADA, tandis qu'un seul Acte uniforme (sur le recouvrement et les voies d'exécution) occupe à lui tout seul 75% du contentieux. Voir : F. ONANA ETOUNDI, "L'état de la jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage en matière d'interprétation et d'application des Actes uniformes OHADA", Visioconférence organisée par l'Agence Intergouvernementale de la Francophonie, Abidjan (25 juillet 2005).

⁸⁰ Un avocat camerounais déplore à ce sujet que : "Le Traité OHADA nous échoit de manière quasi brutale du fait du processus qui donne lieu à son applicabilité. La méthode ressemble à une espèce d'expertisation du droit, une espèce de bébé éprouvette ou encore d'usine clés à mains. En effet, cette législation nouvelle vient remettre en question les assises juridiques des praticiens du droit, et du coup, les sages d'hier deviennent des ignorants " (Communication de Me Ch. TCHOUNGANG, aux journées du GICAM – Groupement Inter patronal du Cameroun – Douala, 2001). Si les objectifs du processus d'harmonisation législative emportent largement l'adhésion, faute d'une étude d'impact économique, l'adoption à ce jour de huit Actes uniformes ne permet pas de mettre en évidence une augmentation des investissements tant nationaux qu'étrangers en Afrique.

son application dans les faits, et son utilité⁸¹. C'est pourquoi il importe que le futur Acte uniforme intègre suffisamment l'environnement social des Etats dans lesquels il a vocation à s'appliquer. Dans ce contexte, nous considérons qu'un ancrage dans la réalité locale, subsidiaire à la vocation d'unification régionale et de compatibilité avec les principes reconnus internationalement, et relevant du juge ou de l'arbitre confronté à l'application de l'Acte uniforme, peut assurer une prise en compte suffisante de la spécificité africaine, somme toute facteur de stabilité⁸². Les concessions que nous proposons de faire au droit national se situent dans le contexte de l'interprétation et de l'application de l'Acte (traitées par l'article 1/5 de l'Avant-projet).

Ainsi, dans la nouvelle formulation que nous avançons pour l'article 1/5, alinéa 1) – dont la formulation d'origine prévoit : *“Pour l'interprétation du présent Acte uniforme, il sera tenu compte de son caractère international et de sa finalité, notamment de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application”* –, nous proposons d'ajouter le critère de la *“localisation nationale”* comme critère complémentaire au caractère international, ce qui permet au juge de s'appuyer sur les spécificités du système juridique qui lui est familier. Quant à l'alinéa 2) – qui prévoit : *“Les questions qui entrent dans le champ d'application du présent Acte uniforme, mais que celui-ci ne tranche pas expressément, sont dans la mesure du possible, réglées conformément aux principes généraux dont il s'inspire”* – nous proposons de le compléter par la précision : *“notamment les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, complétés le cas échéant par le droit national du lieu d'exécution du contrat”*.

De telles règles d'interprétation de l'Acte uniforme ne permettraient-elles pas un meilleur équilibre entre la vocation internationale et unificatrice de l'instrument d'une part, et les particularités locales pertinentes d'autre part ? C'est là en effet notre avis.

B. La limitation de l'Acte uniforme sur le droit des contrats aux seuls contrats commerciaux

La question du champ d'application du futur Acte uniforme sur le droit des contrats est fondamentale : vise-t-on à un droit commun des contrats qui régirait à la fois les contrats commerciaux et les contrats civils, ou bien à un droit limité aux seuls contrats commerciaux ? L'auteur de l'avant-projet a trouvé les avis partagés des interlocuteurs africains qu'il a interrogés, mais il a quant à lui pris position en faveur d'un régime général des contrats⁸³. Pour justifier notre préférence pour une limitation du droit des

⁸¹ Les propos du Professeur Blanc-Jouvan (*supra* note 6, 22) sont de ce point de vue fort significatifs : *“rares sont les juristes qui ignorent que la valeur d'une règle ne se mesure pas à sa perfection formelle, mais plutôt à ses possibilités effectives d'application”*.

⁸² Sur la valeur stabilisatrice de la jurisprudence en matière du droit des obligations et des contrats, voir DECOTTIGNIES, Colloque de Dakar, *supra* note 43, 63 ; on notera cependant l'opinion critique selon laquelle une telle stabilité est négative si elle émane de textes inadaptés aux conditions sociales et économiques nouvelles : ISSA-SAYEGH, *“Quelques aspects techniques ...”*, *supra* note 7.

⁸³ *Note explicative ...*, *supra* note 10, 12.

contrats aux seuls contrats commerciaux, nous exposerons nos objections à la thèse d'un régime général des contrats, auxquelles s'ajoutent des arguments d'opportunité.

1. Les objections à la thèse d'un droit commun des contrats

a) Sur l'idée que le débat sur la commercialité est dépassé

La doctrine reste très divisée sur la question. Si certains auteurs soutiennent que le droit commercial n'est pas autonome en ce qu'il obéit aux méthodes et aux concepts du droit civil⁸⁴, une partie de la doctrine contemporaine soutient par contre l'autonomie du droit commercial comme nécessaire. Constatant l'élargissement de son champ d'application pratique, elle voit en lui un droit au contour plus vaste : le droit des affaires ou plus généralement celui des activités économiques⁸⁵. On rappellera qu'il subsiste des différences remarquables entre le droit civil et le droit des affaires ; en particulier les règles du droit commercial répondent à des besoins de rapidité, de crédit et de sécurité, propres au commerce⁸⁶, ainsi qu'à des considérations particulièrement importantes de confiance et de bonne foi⁸⁷.

Dans le contexte de l'Afrique subsaharienne, il existe certes au Sénégal et au Mali des Codes ou lois couvrant les obligations tant civiles que commerciales ; toutefois les quatorze autres pays de l'OHADA continuent d'appliquer la théorie générale des obligations du Code civil qui renvoie bel et bien aux règles particulières du droit commercial. Reste donc d'actualité la théorie traditionnelle suivant laquelle le droit commercial est un droit exceptionnel par rapport au droit civil qui lui sert en quelque sorte de support : les dispositions du Code civil, base essentielle du droit privé, s'appliquent chaque fois que la loi commerciale ou les usages commerciaux ne règlent pas le point litigieux.

b) Sur la latitude du Conseil des Ministres d'inclure toute matière qu'il juge utile dans le domaine du droit des affaires OHADA

Il convient de relever que si le Traité OHADA permet une incursion du Conseil des Ministres dans le domaine civil ou judiciaire pour étendre le champ d'application du droit des affaires de l'OHADA, c'est essentiellement dans le but de permettre l'application du droit des affaires avec diligence et sécurité pour les activités

⁸⁴ A. VIANDER / J. VALLANSAN, *Actes de commerce, Commerçants, Activité commerciale*, 2^{ème} éd. (1986), 23 ; J. DUPICHOT, *Droit Commercial*, 1^{er} Volume, Paris, Montchrestien, n°6 et s.

⁸⁵ L.-B. FREDERICQ, *Précis de Droit Commercial*, Bruylant (1970), 7 ; voir aussi Y. REINHARD, qui définit le droit commercial "comme la partie du droit positif qui décrit et analyse le statut et les activités des entreprises industrielles et commerciales" (in *Droit Commercial*, Litec, 2^{ème} éd. (1990), n°9).

⁸⁶ Et qui justifient les règles dérogatoires du droit civil en matière de preuve (testimonial en droit commercial, écrite en droit civil – art. 1341), de transport des créances (par simple endossement ou tradition du titre en droit commercial, sans les formalités du Code civil – art. 1690).

⁸⁷ On donnera en exemple la solidarité, qui ne se présume pas en droit civil, tandis qu'elle est de droit entre débiteurs d'une même obligation commerciale, de sorte que le créancier tend à faire foi à ses débiteurs dès lors qu'il est fondé à réclamer le paiement complet à un seul d'entre eux ; en ce qui concerne le mandat, compte tenu du fait que la gratuité ne se présume pas en matière commerciale, le mandataire commercial peut prétendre à une rémunération alors que le droit civil proclame la gratuité du mandat.

économiques. A cet effet, il va de soi que l'arbitrage, les sûretés, le recouvrement des créances et les voies d'exécution ne relevant pas directement du droit des affaires, la lettre comme l'esprit des textes (arts. 1^{er} et 2 du Traité) postulent que l'uniformisation de telles matières soit limitée aux stricts besoins d'un environnement juridique suffisamment fiable pour les entreprises. En conséquence, une incursion dans les opérations du droit civil doit être faite "avec plus de circonspection que pour le droit des affaires proprement dit"⁸⁸, elle doit être prudente, et en stricte conformité avec l'objet du Traité OHADA qui est de garantir la sécurité des activités économiques par un cadre juridique approprié. Or le contrat civil, acte juridique le plus répandu, n'implique pas une relation directe ou immédiate avec ce droit des activités économiques de l'OHADA .

Par conséquent, étendre l'Acte uniforme sur le droit des contrats aux contrats civils et aux contrats commerciaux serait une initiative du législateur OHADA de mettre un terme à la division entre deux branches du droit privé (droit civil et droit commercial)⁸⁹. Pour nous, la limitation de l'Acte uniforme aux contrats commerciaux répond aux préoccupations du Traité OHADA d'adapter la législation des Etats parties à la situation de leurs économies, afin de faciliter l'activité des entreprises. Une extension aux contrats civils serait aller au-delà d'un tel objectif.

c) *S'agissant des difficultés de départage nées de deux, voire de trois droits des contrats*

Quant à l'objection qu'un Acte uniforme limité aux contrats commerciaux ferait coexister en Afrique trois droits des contrats, régissant les contrats civils, les contrats commerciaux et – bientôt – le contrat de consommation, avec les difficultés qui en dérivent concernant la délimitation du champ d'application de ces textes, nous ne pensons pas qu'une telle inquiétude soit déterminante. En effet, chaque droit des contrats a son domaine spécifique : les contrats civils resteront régis par le régime du Code civil, les contrats commerciaux seront soumis à une sorte de droit commun énonçant des règles générales applicables à tous les contrats commerciaux – dont un certain nombre font déjà l'objet de réglementation particulière dans d'autres Actes uniformes –, et le droit des contrats de consommation aura pour domaine lesdits contrats (y compris les contrats mixtes, conclus entre commerçants et consommateur).

⁸⁸ ISSA-SAYEGH, "Quelques aspects techniques ...", *supra* note 7, 11. Ainsi, les procédures de recouvrement ont été limitées aux injonctions de payer ou de délivrer une chose, les sûretés ont été revalorisées comme garanties de paiement pour encourager le crédit dans l'activité commerciale (sur le rôle du droit des sûretés OHADA pour la sécurité de l'investissement, voir F. ANOUKAHA, *Le Droit des Sûretés dans l'Acte uniforme OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, Yaoundé (1998)), et l'arbitrage a été réglementé comme un mode de règlement approprié des différends contractuels (voir "L'Arbitrage OHADA", Actes du Colloque tenu le 2 février 2001 à Paris, *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, numéro spécial (octobre 2001)).

⁸⁹ Se trouve ainsi soulevée en filigrane, la question que s'était déjà posée la doctrine : harmonisation du droit des affaires ou harmonisation du droit privé ? Voir LOHOUES OBLE, *OHADA, Traité et Actes uniformes ...*, *supra* note 65, 40.

d) *Sur l'absence d'une théorie générale des contrats commerciaux*

Cet argument relance le débat sur l'autonomie du droit commercial. Mais, il n'est pas déterminant pour l'élaboration d'un droit commun des contrats à travers l'Acte uniforme OHADA. Bien au contraire, l'occasion est donnée au législateur OHADA de créer une théorie générale des contrats commerciaux énonçant les principes généraux applicables à tous les contrats commerciaux, y compris ceux qui font déjà l'objet d'un Acte uniforme spécifique ou d'un texte particulier⁹⁰. Les contrats commerciaux seraient alors dotés d'un régime juridique complet (un droit commun et des droits particuliers) distinct du droit civil.

Quant au caractère insolite de cette situation "où coexisteraient deux régimes complets, comportant d'importantes différences, du droit des contrats, [qui] ne s'est guère présentée dans l'histoire"⁹¹, on observera que ce ne serait pas là la seule originalité du droit OHADA. Car c'est bien dans l'espace OHADA que l'on voit pour la première fois dans l'histoire, une juridiction de cassation qui constitue en même temps un troisième degré de juridiction, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage évoquant et statuant sur le fond en cas de cassation⁹².

e) *Sur l'idée que l'unification permettrait de moderniser la codification civile*

On peut souscrire à cet avantage, mais en observant que rien n'empêche le Conseil des Ministres de l'OHADA d'inclure ultérieurement certains aspects du droit civil des contrats dans le domaine du droit des affaires, si cela s'avère opportun par rapport aux objectifs du Traité. De même, la modernisation de la codification civile peut se faire à l'intérieur de chaque Etat membre, et non pas nécessairement dans le cadre d'un processus d'harmonisation du droit. Les Etats membres de l'OHADA demeurent donc libres chacun en ce qui le concerne, d'étendre la nouvelle législation sur les contrats aux contrats civils. Il pourrait s'agir-là d'une technique de modernisation de la codification civile qui s'offre à chaque Etat partie.

2. Les arguments d'opportunité favorables à un droit des contrats limité aux contrats commerciaux

Deux arguments majeurs d'opportunité peuvent être évoqués pour une limitation de l'Acte uniforme aux contrats commerciaux : la promotion de l'arbitrage en Afrique, et le maintien du contentieux des contrats civils dans l'environnement juridique interne.

a) *La promotion de l'arbitrage dans les pays de l'OHADA*

Dès son article 1^{er}, le Traité OHADA indique expressément, entre autres supports permettant l'harmonisation du droit des affaires, "*l'encouragement au recours à*

⁹⁰ Le contrat d'assurance a été réglementé par le Code CIMA.

⁹¹ Note explicative ..., supra note 10, 12.

⁹² Art. 14 § 5 du Traité OHADA.

l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels". L'arbitrage apparaît donc comme un objectif essentiel de l'OHADA⁹³. Pourtant, en pratique, depuis l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme portant droit de l'Arbitrage⁹⁴ et du Règlement d'Arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage⁹⁵, le recours à ce mode de règlement extrajudiciaire des litiges n'a pas encore atteint sa vitesse de croisière : une dizaine d'affaires seulement portées devant le Centre d'Arbitrage de la Cour en six ans)⁹⁶.

Les Principes d'Unidroit dont s'inspire le Projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats font de ce texte un cadre propice pour le développement des transactions commerciales. Le futur Acte se situera véritablement au carrefour du droit des affaires, et s'il est susceptible d'intéresser peut-être tous les autres Actes uniformes⁹⁷, force est de reconnaître qu'il constitue un véritable supplément de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage. On relèvera en particulier que le principe de la liberté contractuelle qui est consacré trouve écho dans la liberté pour les parties de soumettre leur contentieux au règlement par voie d'arbitrage⁹⁸.

Il n'est pas inutile de rappeler que les Principes d'UNIDROIT doivent pour une large part leur succès à la pratique commerciale internationale où l'arbitrage est pratiquement de règle⁹⁹, de sorte que l'on concevra aisément que les opérateurs économiques trouveront dans le futur Acte uniforme sur le droit des contrats qui s'inspire des Principes une base juridique particulièrement appropriée dans le cadre de ce mode de règlement du contentieux.

b) Le maintien du contentieux des contrats civils dans le cadre juridique interne

Certaines analyses voient les résistances des juridictions nationales – et notamment celles de cassation – à appliquer les Actes uniformes OHADA dans le fait, entre autres, que celles-ci déplorent le dépouillement de leurs compétences au profit de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage¹⁰⁰. La méfiance est manifeste à l'égard des deux ordres de juridiction, à tel point que les juridictions de cassation nationales se demandent si la CCJA ne devrait pas se limiter à son rôle de Cour de cassation

⁹³ A. DIENG, "Le nouveau droit de l'arbitrage en Afrique", Actes du Colloque de Paris ..., *supra* note 88, 20 et s.

⁹⁴ Adopté le 11 mars 1999, l'Acte uniforme sur le droit de l'Arbitrage est entré en vigueur 90 jours plus tard conformément à l'art. 9 du Traité OHADA.

⁹⁵ Le Règlement d'Arbitrage de la CCJA, qui date du 11 mars 1999 (J.O.OHADA 15-05-1999), s'inspire du Règlement version 1988 de la Chambre du Commerce Internationale. KENFACK DOUJANI, *supra* note 45.

⁹⁶ Voir ONANA ETOUNDI, *supra* note 79.

⁹⁷ La nécessité d'une coordination avec ces Autres Actes uniformes avait déjà été démontrée par le Professeur Fontaine (*Note explicative* ..., *supra* note 26).

⁹⁸ R. AMOUSSOU-GUENOU, "L'Acte uniforme OHADA et son environnement juridique", Actes du Colloque de Paris ..., *supra* note 88, 11.

⁹⁹ J.-M. MOUSSERON / J. RAYNARD / R. FABRE / J.-L. PIERRE, *Droit du Commerce International*, 3^{ème} éd., Litec (2003), 11.

¹⁰⁰ Voir : BROU KOUAKOU, "Bilan de l'application des Actes uniformes", *Juris-OHADA* n°1, 24. J. LOHOUES OBLE, "Le Traité OHADA, 5 ans après", *Juris-OHADA* n°1.

supranationale et rétrocéder le pouvoir d'évocation au juge national ¹⁰¹. Quant à la pratique par les opérateurs – du moins si l'on en juge par le contentieux – il semblerait bien que des huit Actes uniformes déjà adoptés, seul l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution a reçu application de façon notable ¹⁰². Or, à quoi sert un corps de règles théoriquement modernes, mais pratiquement inappliquées ?

S'agissant du Projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats, les acteurs – notamment judiciaires – des Etats parties comprendraient plus aisément qu'il soit limité aux contrats commerciaux qui se situent au centre des affaires ; ils comprendraient par contre difficilement que les contrats civils qui constituent le cœur des rapports entre particuliers, sans implication immédiate avec l'activité économique, soient incorporés dans cette législation.

Dans le souci en conséquence de donner au futur droit harmonisé des contrats des conditions d'application aussi favorables que possible, nous recommandons de limiter sa portée aux seuls contrats commerciaux, tout en le rendant applicable aux contrats de consommation, sauf dispositions spécifiques contenues dans le futur Acte uniforme sur le contrat de consommation ¹⁰³.

Enfin, nous recommandons pour rendre cohérente l'application du futur Acte une règle concernant la portée abrogatoire de la nouvelle réglementation au regard des droits nationaux ¹⁰⁴.

CONCLUSION

Au terme de notre étude, nous résumerons notre propos en saluant l'œuvre réformatrice décidée dans un domaine fondamental de la reconstruction juridique de l'OHADA, qu'est le droit général des contrats. La source d'inspiration, les Principes d'UNIDROIT – corpus de règles ne se rattachant à aucune tradition juridique particulière des Etats de l'OHADA mais reflétant des solutions modernes et équitables qui jouissent d'une large reconnaissance internationale –, offre de bonnes

¹⁰¹ On a l'impression que le législateur OHADA lui-même a ressenti un certain malaise dans le sort à réserver aux décisions des juridictions de cassation nationales normalement incompétentes rendues dans les matières de l'OHADA par la CCJA. En effet, les décisions des juridictions de cassation nationales ne sont exceptionnellement censurées que si le demandeur a initialement soulevé l'incompétence de la juridiction nationale de cassation saisie, avant que celle-ci n'ait vidé sa saisine, en application de l'art. 18 du Traité OHADA.

¹⁰² ONANA ETOUNDI, *supra* note 79.

¹⁰³ Si tel était le choix du législateur OHADA, l'article correspondant (0/1) du Projet d'Acte uniforme pourrait être adopté en deux alinéas :

"1) *Les dispositions du présent Acte uniforme s'appliquent aux contrats conclus entre commerçants, personnes physiques ou personnes morales*".

2) *Elles s'appliquent également aux contrats de consommation, sans préjudice des dispositions spécifiques contenues dans l'Acte uniforme sur le contrat de consommation*".

¹⁰⁴ Cette règle pourrait être incluse dans un Chapitre 14 : *Dispositions finales* formulée ainsi :

"Article 13/9 : *Dans les matières qu'il régit, Le présent Acte uniforme rend inapplicables aux contrats commerciaux, les dispositions correspondantes actuellement en vigueur dans les Etats parties*".

perspectives sur le plan de la sécurité et la prévisibilité juridiques des situations contractuelles, ce qui devrait rassurer les opérateurs économiques et stimuler les investissements à l'intérieur de la région.

Toutefois, et faisant pendant au concept de sécurité, nous en appelons à une meilleure prise en compte de la stabilité des relations commerciales qui passe par une certaine reconnaissance des réalités africaines, notamment les pratiques et les usages, qui relèvera du juge national dans les Etats parties – ou de l'arbitre. Cette reconnaissance existant déjà dans le cadre contractuel (articles 1/8 et 4/2 de l'avant-projet), sera utilement complétée dans les règles d'interprétation de l'Acte uniforme (article 1/5) par une mention à la "localisation nationale" et au "droit national du lieu d'exécution du contrat" subsidiairement aux principes généraux dont s'inspire l'Acte uniforme sur le droit des contrats, notamment les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international.

Quant à savoir si, outre les contrats commerciaux, le futur Acte uniforme doit englober aussi les contrats civils, on peut parier que la question relancera un débat plus que jamais d'actualité¹⁰⁵. Au regret de ne pas partager le point de vue d'un grand maître du métier comme le Professeur Fontaine en droit des obligations, nous sommes plutôt favorable à un Acte uniforme énonçant les principes généraux applicables à tous les contrats commerciaux dont la plupart ont déjà fait l'objet d'une réglementation particulière. C'est en filigrane de l'idée d'une théorie générale des contrats commerciaux dans l'espace OHADA dont il s'agit. Qu'est ce qui juridiquement l'interdirait ?

Le Code civil perdrait certes une tradition juridique lourde de signification, celle d'une théorie générale pour les obligations tant civiles que commerciales. Il nous semble qu'une telle évolution serait davantage conforme à l'objectif poursuivi par l'OHADA et à son domaine tel que défini à l'article 2 du Traité comme visant le seul droit des activités économiques, tandis que le droit civil des contrats serait laissé à l'environnement juridique interne des Etats parties, qui sont soucieux de ne pas voir les juges nationaux dépouillés de toutes leurs compétences traditionnelles.

Ainsi, à notre avis, pourront être maintenus l'esprit et la substance de l'avant-projet d'Acte uniforme sur les contrats inspiré des Principes d'UNIDROIT, tout en veillant à assurer des conditions d'application favorables dans le contexte des Etats de l'OHADA. Il s'agissait en vérité au travers de cette étude de réaliser une convergence d'idées en vue d'instaurer en Afrique un droit des contrats formant un "tout", tant dans ses considérations théoriques que dans ses applications pratiques. Mais c'est aux Etats parties qu'il appartiendra de décider, et l'on n'aura jamais assez de dire que seul "*de la volonté politique des Etats parties, dépendra l'avenir de l'OHADA*".



¹⁰⁵ Voir la bataille annoncée par le juge KEBA MBAYE entre le Code civil et le droit OHADA in : "Le destin du Code civil en Afrique", in *Le Code civil 1804-2004 - Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz, Litec (2004).

THE UNIDROIT PRINCIPLES AND LEGAL CERTAINTY OF COMMERCIAL TRANSACTIONS IN THE PRELIMINARY DRAFT OHADA UNIFORM ACT ON CONTRACT LAW (Abstract)

Félix ONANA ETOUNDI – Magistrate; Doctor of Business Law; International Civil Servant at OHADA; Legal Expert at the OHADA Common Court of Justice and Arbitration; Professor at the Catholic University of West Africa (University of Abidjan section) and at the High Judiciary School of Abidjan (Côte d'Ivoire).

The Organisation for the Harmonisation of Business Law in Africa (OHADA), of which 16 Francophone Western and Central African countries are members, is engaged upon a process of sweeping legislative reform and has asked UNIDROIT to assist it in preparing a draft Uniform Act on contracts based on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Professor Marcel Fontaine* was mandated by UNIDROIT to undertake this task with the financial support of the Swiss Government. A preliminary draft was submitted to the Permanent Secretariat of OHADA in early 2005, together with an Explanatory Note**, and these texts are now being examined by the national commissions in the various OHADA member States.

The author of this study weighs up the approach taken in this venture and assesses the provisions drafted to date in the light of the realities of African life and with OHADA's operational track record in mind. He hails the reform of general contract law – a fundamental area of the law – as an important stepping stone towards legal reconstruction within OHADA. The choice of the UNIDROIT Principles – a body of rules that has no specific connection with any particular legal tradition in the OHADA countries but instead offers modern, equitable solutions that enjoy wide international support – as the source of inspiration augurs well for contractual security and foreseeability, both important considerations from the point of view of economic operators and investors within the region.

However, while recognising the importance of the contractual security thus provided, the author argues that greater attention should nevertheless be paid to the stability of commercial relations. This would imply some recognition of the realities of African life, in particular its practices and usages, which should be left to be assessed by the national courts in the member States – or to arbitration. The preliminary draft Act already contains provisions (Articles 1/8 and 4/2) with this in mind, but it would be useful if the rules of interpretation of the Uniform Act (Article 1/5) could supplement these provisions by referring to the “national application” of the Act and to the “national law of the place where the contract is to be performed” in addition to the general principles on which the future Uniform Act on contract law is based, in particular the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

As to the question of whether, in addition to commercial contracts, the future Uniform Act ought also to encompass private, non-commercial contracts (“contrats civils”), the author recalls that this is a highly topical issue just now. After assessing the pros and cons of one and the other option, he comes out in favour of a Uniform Act that sets out general principles applicable to all commercial contracts, for most of which specific rules already exist. Something of this nature is implicit in the idea of a general theory of commercial contracts

* Professor Emeritus, former Director of the Centre de droit des obligations, School of Law of the Catholic University of Louvain (Belgium); member of the UNIDROIT Study Group for the preparation of the Principles.

** A condensed version of the Explanatory Note appears in an article by Professor Fontaine, “The Draft OHADA Uniform Act on contracts and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Uniform Law Review / Revue de droit uniforme*, 2004, 573 et s. This article may be accessed on UNIDROIT Internet website à : <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/articles-main.htm> > .

within the ambit of OHADA, and there would seem to be no legal obstacle to embracing such a solution.

While it is true that the Civil Code would be divested of a highly significant legal tradition, that of a general theory of commercial and non-commercial (civil) obligations, such a development would appear to be more in line with the goal pursued by OHADA and with its scope as defined in Article 2 of the Treaty, which is strictly confined to economic activities, while "civil contract" law should be left to the domestic law and courts of the member States, which are loath to jettison all their traditional jurisdictional powers.

In this way, the author argues, the spirit and substance of the preliminary draft Uniform Act on contracts as inspired by the UNIDROIT Principles may be preserved while ensuring that the rules are applied in a way that is compatible with the realities of life in the OHADA countries.

∩ ∩ ∩