

## L'autonomie des parties : le caractère supplétif des dispositions de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats

Jacqueline Lohoues-Oble \*

### INTRODUCTION

Avant d'aborder le thème proposé, permettez que je fasse trois observations :

1. *La première est relative à la frénésie législative* qui s'est emparée de l'OHADA et qui entraîne l'extension vertigineuse du champ d'application du droit communautaire, confirmant ainsi les dispositions de l'article 2 du Traité OHADA <sup>1</sup>.

En effet, depuis l'avènement de ce Traité, la compétence reconnue à ses institutions ne cesse de croître. L'adoption de plusieurs Actes uniformes, accroît non seulement le volume du droit dérivé, mais aussi les attributions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Or, à l'occasion du dixième anniversaire de l'OHADA, des voix se sont élevées pour demander une pause dans l'adoption des Actes uniformes, eu égard aux difficultés qu'avaient les juristes et praticiens à s'approprier les différents textes, la cadence d'adoption de ceux-ci étant trop rapprochée. Les coûts en ressources humaines et budgétaires d'une telle entreprise n'étaient pas toujours à la mesure de l'effort consenti <sup>2</sup>. Mais, cet appel ne semble pas avoir été entendu puisque, outre l'Acte uniforme sur le droit du travail, dont l'adoption est confrontée à

\* Agrégée des Facultés de droit ; Jurisconsulte de la Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances (CIMA), ancien Ministre de la Justice (Côte d'Ivoire).

Rapport présenté au Colloque sur "L'harmonisation du droit OHADA des contrats" tenu à Ouagadougou (Burkina Faso) du 15 au 17 novembre 2007, ayant notamment pour objet la discussion de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats (2005) élaboré par UNIDROIT à la demande de l'OHADA. Ce texte, ainsi que la *Note explicative* y relative rédigée par le Professeur Marcel FONTAINE sont accessibles sur le site Internet d'UNIDROIT (<<http://www.unidroit.org>>) et sont reproduits en annexe au présent volume.

<sup>1</sup> Cf. Joseph ISSA-SAYEGH / Jacqueline LOHOUES-OBLE, *Harmonisation du droit des affaires*, Collection Droit uniforme africain, Juriscope, Bruxelles (2002), 114.

<sup>2</sup> Actes du Colloque organisé par CAFIDA pour le 10<sup>ème</sup> anniversaire de l'OHADA Abidjan, 2003.

quelques difficultés <sup>3</sup>, un nouveau projet d'Acte uniforme qui porte sur le droit des contrats est soumis à notre étude ("l'avant-projet").

2. *La deuxième observation* touche au champ d'application de ce texte. Même si une communication est consacrée à ce sujet, souffrez que j'exprime mon inquiétude face au désir de cet avant-projet de viser toutes les relations contractuelles, aussi bien celles qui lient des professionnels à des particuliers que celles pouvant exister entre professionnels. C'est dire que ce texte touche donc aux principes fondamentaux du droit des contrats. Cette vision de l'OHADA ne peut être approuvée alors qu'en guise de droit comparé, par exemple, le droit communautaire européen n'entre pas dans les principes fondamentaux gouvernant les contrats <sup>4</sup>. En outre, on peut se demander si ce texte sera applicable aux seuls contrats internationaux ou s'il doit régir les contrats internes. Le recours à UNIDROIT qui mis en place les Principes relatifs aux contrats du commerce international qui font autorité sur le plan mondial ne conduit-il pas à une réponse affirmative ? Si tel est l'objectif recherché par l'avant-projet, cela voudrait dire que la compétence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) sera encore plus vaste et pose le problème de sa capacité à pouvoir contenir les litiges qui lui seront soumis <sup>5</sup>. L'intérêt de la question demeure, car le projet de texte proposé affecte, dans une certaine mesure, le droit commun applicable en matière contractuelle ce qui conduira nécessairement à des difficultés de conciliation avec le droit des obligations dont les principes fondent la plupart des Actes uniformes. C'est pourquoi, et quels que soient les avantages que ce texte peut procurer notamment, permettre au droit OHADA d'améliorer certaines dispositions existantes héritées du code civil français qui ont quelque peu vieilli, introduire des dispositions jusque là absentes, et s'inscrire ainsi dans le mouvement de la mondialisation, il serait peut-être plus judicieux qu'il soit consacré uniquement à certains contrats spéciaux à caractère commercial qui n'ont pas fait l'objet de texte comme le franchisage par exemple <sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Les Ministres du travail de la zone OHADA auraient marqué leur étonnement quant à l'existence d'un tel projet, n'ayant été associés à aucun stade de son élaboration.

<sup>4</sup> Jérôme HUET, "Les sources communautaires du droit des contrats", in : *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association Henri Capitant, Lille (1996), L.G.D.J. (1997), 11.

<sup>5</sup> Outre que le nombre actuel des juges est insuffisant et risque de ralentir la cadence des décisions devant être rendues, l'on assiste depuis quelque temps à la fronde des hautes juridictions nationales qui estiment avoir été spoliées de leurs compétences. Voir rapport du séminaire qui a réuni les présidents des Cours suprêmes des Etats de la zone franc.

<sup>6</sup> Voir la communication des Professeurs Joseph ISSA-SAYEGH et Paul-Gérard POUGOUE reproduite dans le présent volume.

3. *La troisième observation* conduit à s'interroger sur les sources de ce texte. L'avant-projet d'Acte uniforme tente d'instaurer une norme communautaire sur la théorie générale du contrat en conciliant à la fois les principes du système juridique de tradition civiliste et ceux de tradition anglo-saxonne. C'est du reste ce qui justifie le recours à UNIDROIT, l'a-t-on réussi ?

Ces observations faites, il convient en attendant l'intervention de réponses adéquates, qui résulteront sûrement des débats, d'indiquer que si toute codification répond à un besoin, et tente d'apporter des solutions à différents intérêts en présence, qu'en est-il en l'espèce ?

Comment peut-on expliquer la volonté du législateur OHADA à vouloir légiférer dans le domaine des contrats ?

4. *Le projet d'Acte uniforme* a paru nécessaire pour deux raisons :

D'abord parce que, comme pour les autres Actes uniformes déjà mis en application, il s'agit de remédier au caractère ancien, vétuste du droit des contrats actuellement applicable (Code civil de 1804), dans la majorité des Etats parties<sup>8</sup> ; et même dans les Etats<sup>9</sup> qui ont codifié le droit des obligations, de parer aux insuffisances qui sont apparues au fil des ans.

Ensuite, l'internationalisation de plus en plus forte des échanges, la conquête par le contrat de nouveaux secteurs de la vie économique<sup>10</sup>, la valeur de plus en plus forte que présentent nombre de contrats, la dimension humaine que revêtent la plupart des contrats, générateurs pour l'une des parties de sa situation professionnelle<sup>11</sup>, ne peuvent laisser le législateur OHADA indifférent. Plutôt que de laisser à la jurisprudence le soin de combler les lacunes, et donc de pallier les défaillances du législateur, l'OHADA a préféré tracer des directives générales<sup>12</sup>, surtout dans un domaine où la sécurité demeure un souci majeur des opérateurs économiques<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> Conseil des Ministres réuni à Brazzaville en février 2002 de confier la rédaction de l'avant-projet à l'Institut international pour l'unification du droit (UNIDROIT). C'est sûrement pour répondre à la critique faite aux Actes uniformes de l'OHADA qui ont un caractère d'institution de *civil law*. La nécessité de prendre en compte des éléments d'autres cultures juridiques est devenue indispensable étant donné la vocation expansionniste de l'OHADA (Article 53 du Traité).

<sup>8</sup> Cela est-il encore utile, eu égard à la prolifération de textes régissant les contrats spéciaux et les problèmes de cohérence qui ne manqueront pas de se poser.

<sup>9</sup> Sénégal, Mali, Guinée.

<sup>10</sup> Informatique, santé, publicité, audiovisuel, sport ... .

<sup>11</sup> Contrat de travail, cession de clientèle, franchise, concession ... .

<sup>12</sup> *Contra, supra*, observations n° 2.

<sup>13</sup> Voir Jacques MESTRE, "Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du

5. Par ailleurs, si l'on part du principe que les contrats et les sociétés constituent les deux principaux mécanismes juridiques d'organisation de la vie économique, il n'est pas étonnant que l'OHADA s'étant préoccupée d'encadrer les secondes<sup>14</sup>, s'attache à légiférer sur les premiers. Cette initiative est conforme aux vœux des Autorités de l'OHADA qui, lors du Conseil des Ministres de l'OHADA<sup>15</sup>, ont retenu le contrat comme devant faire l'objet d'un Acte uniforme. Mais doit-on, pour ce faire, aller vers l'établissement d'une théorie générale du contrat<sup>16</sup> ?

6. Toute codification devant répondre à des choix, quelle est la problématique de ce texte ? De l'examen du projet, il apparaît que deux intérêts s'opposent, ceux des parties, qui veulent s'obliger par un contrat et qui souhaitent jouir de toute leur liberté d'une part, et d'autre part ceux de la société, c'est-à-dire l'intérêt général qui doit être préservé.

Ici comme dans le code CIMA<sup>17</sup> par exemple, le texte tente de concilier les intérêts en présence. Ce choix apparaît notamment dans les trois articles soumis à notre examen, qui sont : 1/1, 1/2, 3/1.

7. Bien que l'avant-projet couvre l'ensemble des questions posées dans un contrat<sup>18</sup>, depuis la formation de l'acte, jusqu'à son exécution, la communication insistera surtout sur les articles susvisés, ce qui n'exclura pas la référence à tel ou tel article de l'avant-projet, et même à des dispositions d'Actes uniformes déjà en application si le besoin se fait sentir. La lecture combinée de ces trois articles permet d'affirmer que pour concilier les intérêts

contrat", in : *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Editions Dalloz-Jurisclasseur (2004), 231 et s.

<sup>14</sup> Cf. Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et du GIE.

<sup>15</sup> Session de Bangui, mars 2001.

<sup>16</sup> Cela est-il encore utile, eu égard à la prolifération de textes régissant les contrats spéciaux et les problèmes de cohérence qui ne manqueront pas de se poser ? D'autant que les nouvelles matières à harmoniser retenues par le Conseil des ministres le sont sans études scientifiques préalables.

<sup>17</sup> Le Code de la Conférence interafricaine des marchés d'aassurance à Yaoundé. A travers ce Code, le Législateur vise à concilier les intérêts des assureurs et ceux des assurés et bénéficiaires de contrats – cf. J. LOHOUES-OBLE, "L'indemnisation des victimes" in : A.-M.H. Assi-Esso, J. Issa-Sayegh / J.Lohoues-Oble, *CIMA – Droit des assurances, Droit uniforme africain*, AUF, Bruylant (2002).

<sup>18</sup> Les matières traitées sont : Champ d'application, dispositions générales, formation du contrat et pouvoir de représentation, validité, interprétation, contenu du contrat et droit des tiers, exécution, inexécution, compensation, confusion, obligations conditionnelles, solidaires et alternatives, cession des créances cession des dettes et cession des contrats, délai de prescription, protection des créanciers et des tiers.

en présence, l'avant-projet<sup>19</sup> a dans un premier temps consacré de manière solennelle le principe de la *liberté contractuelle* (I) ; il a ensuite reconnu des limites à cette liberté, instaurant ainsi une "*liberté surveillée*" (II).

Ainsi donc, liberté contractuelle d'une part et liberté surveillée de l'autre, sont les deux grands axes de cette communication.

## I. – LA PROCLAMATION SOLENNELLE DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

8. Contrairement au Code Napoléon, où la liberté contractuelle n'apparaît pas de façon directe et franche, mais plutôt implicite, parce qu'elle est visée d'abord par l'article 6, de manière négative, par l'évocation des limites que sont l'ordre public et les bonnes mœurs, puis dans les articles 1134 al. 1, et 1156<sup>20</sup>, ce projet d'Acte uniforme proclame en très bonne place, dès le chapitre premier consacré aux dispositions générales, le principe de cette liberté, indiquant ainsi son choix non équivoque pour l'autonomie de la volonté.

Il faut cependant noter que l'Acte uniforme relatif au droit commercial général avait consacré également la primauté de la volonté des parties<sup>21</sup>.

9. Mais quel est le *champ d'application* de cette liberté ? En principe, la liberté contractuelle signifie que les parties font théoriquement ce qu'elles veulent, et leur liberté devrait s'exprimer sur tous les plans ; depuis l'initiative du contrat, le choix du partenaire, la forme du contrat, la détermination du contenu du contrat, et l'exécution dudit contrat. Or il ressort de l'article 1/1 que "*sous réserve de l'article 3/1, les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu*" (A). Des conséquences résultent de cette affirmation (B).

### A. La détermination du contenu de la liberté contractuelle

10. Peut-on déduire de l'affirmation de la liberté contractuelle :

---

<sup>19</sup> On rappellera que ce texte a été préparé par Marcel FONTAINE, Professeur émérite, ancien Directeur du Centre de droit des obligations, Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain (Belgique) et membre du groupe d'étude d'UNIDROIT pour la préparation des Principes, à la demande de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT).

<sup>20</sup> Art. 1134 al. 1 : "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites".

Art. 1156 : "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."

<sup>21</sup> Art. 206 al. 1 : "En matière de vente commerciale, la volonté et le comportement d'une partie doivent être interprétés selon l'intention de celle-ci, lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention".

- qu'un promettant peut avant le terme convenu révoquer sa promesse à durée déterminée ?
- que l'on peut violer impunément un pacte de préférence ?
- qu'on peut mettre à l'abri de l'annulation le contrat procurant à l'une des parties un avantage excessif ?
- que le juge ne peut procéder à la réfaction du contrat, à la révision pour imprévision ?

Selon le projet de texte, la liberté porte sur la conclusion du contrat, et la fixation de son contenu.

#### 1. *La conclusion du contrat*

11. Que faut-il entendre par "les parties sont libres de conclure un contrat", lorsqu'on sait que la conclusion d'un contrat nécessite la prise de l'initiative, le choix du partenaire, celui de la forme du contrat mais aussi la liberté de conclure ou de ne pas conclure ?

Cette liberté d'initiative correspond à une aspiration profonde de l'homme. Elle répond également à une responsabilité morale qui est nécessaire à son épanouissement. C'est pourquoi il est nécessaire d'insister sur la liberté de choisir le ou les partenaires avec lesquels l'on va contracter, (a) ainsi que la forme du contrat (b).

##### a) Le choix du partenaire

12. La liberté de choisir son partenaire est importante et diffère selon la nature du contrat et selon le type de contrat. Si l'avant-projet d'Acte uniforme a laissé ouverte l'option entre contrats civils ou contrats commerciaux, il convient de vite lever cette option car le choix retenu a une influence sur le degré de liberté des parties quant à la désignation du partenaire.

Il en va de même de la question de savoir si ce projet de texte va régir uniquement les contrats internationaux ou si seront concernés aussi les contrats nationaux.

Selon l'article 2/1, "Le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord". En effet, s'il s'agit d'un contrat entre professionnels, qui va lier des personnes avisées, la liberté est réelle ; en revanche s'il s'agit d'un contrat entre un professionnel et un non professionnel (contrat civil), la liberté du second est réduite dans la mesure où il n'a pas la même connaissance des éléments du contrat que le professionnel.

Ne doit-on pas considérer l'exclusion du contrat de consommation faite par l'article 00/1, comme étant une indication de la volonté de ce texte d'inclure les contrats civils <sup>22</sup> ? Si la réponse devait être positive, l'on pourrait en déduire que l'avant projet de texte confirme ainsi la tendance à la protection du consommateur qui est la partie la plus faible, et partant, la volonté de lutter contre le déséquilibre contractuel en redressant les inégalités, à défaut de les supprimer <sup>23</sup>. Dès lors, toutes les conséquences devraient être tirées relativement aux autres dispositions du texte par l'indication explicite que ce projet ne concerne que les contrats commerciaux. Et cela, même si dans certains Actes uniformes déjà en application, notamment celui portant sur le droit commercial général, à propos de la vente <sup>24</sup>, ou sur l'arbitrage <sup>25</sup>, les sûretés <sup>26</sup>, des références ont été faites aussi aux contrats civils.

La même difficulté apparaît si le caractère national ou international du contrat n'est pas déterminé. Va-t-on soumettre tous les contrats internes à ce texte et placer sur le même pied d'égalité un contrat qui a une vocation purement interne avec celui qui a un caractère international, le choix du partenaire se fera-t-il de la même manière ? Le choix d'UNIDROIT n'est-il pas aussi une indication du caractère international des contrats visés ? Dans tous les cas il convient d'éviter de soumettre à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) des pourvois en cassation de tous les contrats civils notamment ceux relatifs aux régimes matrimoniaux ou au contrat de bail à usage d'habitation qui ne relèvent pas du droit des affaires <sup>27</sup>.

<sup>22</sup> L'art. 00/1 affirme que : "Les dispositions du présent Acte uniforme s'appliquent à tous les contrats, sans préjudice des dispositions spécifiques contenues dans l'acte uniforme sur le contrat de consommation".

<sup>23</sup> L'Acte uniforme sur la consommation à venir renfermera alors les principales dispositions qui protègent le consommateur, notamment contre les clauses abusives, tout en sachant que la plupart d'entre elles sont relatives à un contrat particulier (vente, prêt ...).

<sup>24</sup> Acte uniforme portant sur le droit commercial général entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998. Cf. commentaires de Akuete Pedro SANTOS, in : *OHADA – Traité et actes uniformes annotés et commentés*, 2<sup>ème</sup> éd., Juriscope (2002), 193 et s.

<sup>25</sup> Art. 21 du Traité OHADA ; Acte uniforme sur l'arbitrage (11 mars 1999), art. 1: "Le présent Acte uniforme a pour vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des Etats parties". Cf. Pierre MEYER, "Commentaire de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage", in : *Code OHADA*, *supra* note 23, 103 et s.

<sup>26</sup> Acte uniforme portant organisation des sûretés (17 avril 1997), Commentaires de Joseph ISSA-SAYEGH, in : *Code OHADA*, *supra* note 23, 624 et s.

<sup>27</sup> Cf. *supra*.

Au total, l'expression de la liberté de choisir son cocontractant est fonction de la nature du contrat, civil ou commercial, interne ou international. Qu'en est-il de la forme du contrat ?

b) La forme du contrat

Selon quelle forme le contrat va-t-il être conclu ? La liberté prônée par l'article 1/1 est-elle totale en cette matière ? Selon l'article 1/3 al. 1, "Le présent Acte uniforme n'impose pas que le contrat, la déclaration ou tout autre acte soit conclu sous une forme particulière". C'est dire qu'une liberté totale est laissée aux parties. Cette solution permet non seulement la prise en compte des développements présents et futurs du commerce électronique, mais aussi de la situation des populations africaines à majorité analphabètes.

Ce dernier souci qui a déjà animé le législateur OHADA, a trouvé des réponses notamment dans l'article 208 alinéa 1 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, en ce qu'il précise que : "Le contrat de vente commerciale peut être écrit ou verbal ; il n'est soumis à aucune forme". L'alinéa 2 en tire les conséquences en ajoutant que "En l'absence d'un écrit, il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoin". L'absence de tout formalisme est donc expressément admise dans la vente commerciale et la question de preuve que cela pouvait poser résolue. Ce texte est donc protecteur des intérêts des populations à majorité analphabètes. Mais *quid* de la vente civile ?

Il devrait en être de même. En outre, le législateur OHADA a, pour permettre à cette catégorie de personnes de se porter caution sans trop de risque, prévu à l'article 4, al. 3 de l'Acte Uniforme portant droit des sûretés : "La caution qui ne sait ou ne peut écrire doit se faire assister de deux témoins qui certifient, dans le cautionnement son identité et sa présence et attestent, en outre, que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés. La présence des témoins certificateurs dispense la caution de l'accomplissement des formalités prévues par l'alinéa précédent" ; même si l'on doit admettre que les parties sont libres d'adopter la forme qui leur plaît, orale ou écrite (acte sous seing privé ou acte authentique), des précautions sont prévues par la loi pour répondre à la question de preuve, comme solution alternative à savoir la présence de témoins.

Le présent texte en matière de contrats devrait s'inspirer de la disposition de l'article 4 susvisé, et établir ainsi avec les textes déjà en vigueur une certaine cohérence <sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Cf. art. 20 de la Loi sénégalaise qui impose la présence de deux témoins. La loi togolaise prévoit une procédure. Ce que ne manquera pas de faire l'Acte uniforme sur le droit de la preuve en préparation.



Dans tous les cas, l'article 2/18 de l'avant-projet est assez clair : "Le contrat écrit qui contient une clause stipulant que toute modification ou révocation amiable doit être faite sous une forme particulière ne peut être modifié ou révoqué sous une autre forme. Toutefois, une partie peut-être privée du bénéfice de cette disposition si son comportement a incité l'autre partie à agir raisonnablement en conséquence". C'est l'affirmation du principe du parallélisme des formes. En principe, l'on doit s'en tenir à la forme que l'on a choisie pour régir la suite du contrat, sauf l'attitude contraire de l'autre partie.

## 2. La liberté de fixer le contenu du contrat

Les parties sont libres de fixer le contenu de leur contrat : l'avant-projet ne fait que confirmer un principe qui est largement partagé. En effet, jamais un vendeur ne se dessaisirait de sa chose, un prêteur de ses deniers, jamais un propriétaire ne livrerait la jouissance de son immeuble ou une personne quelconque ses services, si le phénomène juridique de l'obligation ne lui garantissait la réception en retour de l'équivalent escompté et promis. C'est dire que les parties sont libres de déterminer la teneur du contrat, de régler les comportements contractuels par des dispositions sur la clause résolutoire, sur le règlement des conflits, sur l'exécution et l'inexécution du contrat. Des propositions originales sont faites par le texte sur la manière de gérer l'inexécution du contrat.

Cependant, cette liberté connaît des limites. La première est énoncée dès l'article 00/1 du texte, lequel exclut le contrat de consommation. La seconde résulte des dispositions de l'article 3/1 ; c'est-à-dire, le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs, ainsi que les dispositions impératives<sup>29</sup>. L'avant-projet d'Acte uniforme a en outre tiré les conséquences de la liberté affirmée de contracter. Puisque les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu, elles peuvent donc y apporter des aménagements ; c'est dire que le choix ne s'est pas porté sur la rigidité du droit, mais en faveur d'une certaine souplesse.

## B. Etendue de la liberté reconnue aux parties

La reconnaissance aux parties de la liberté de conclure et de fixer le contenu de leur contrat a pour corollaire *l'affirmation de la flexibilité du droit*<sup>30</sup>, c'est-à-dire la possibilité qui leur est reconnue d'y apporter des modifications. Cette

<sup>29</sup> Cf. *infra*.

<sup>30</sup> Cf. Doyen J. CARBONNIER, *Flexible droit*, L.G.D.J. (2001).

faculté tire son fondement de l'article 1/2 qui concilie deux intérêts en présence : l'idée de tout régler avec celle de souplesse. Dès lors, il apporte des précisions sur l'étendue de cette liberté.

Non seulement les parties peuvent exclure l'application de cet avant-projet d'Acte uniforme, soulignant ainsi le caractère supplétif de ce texte ; mais aussi cet avant-projet donne la possibilité aux parties de "déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou d'en modifier les effets, à moins que ce texte n'en dispose autrement".

1. *L'affirmation du caractère supplétif des dispositions de l'article 1/2*

a) En reconnaissant aux parties la possibilité d'exclure l'application de ce texte, ou de déroger à l'une quelconque de ses dispositions, l'avant-projet tire les conséquences de la liberté proclamée à l'article 1/1. Il en résulte que le législateur a ici le second rôle, les acteurs principaux sont les parties à qui il revient de décider si elles veulent se soumettre à ces dispositions en totalité, en partie, ou pas du tout.

L'avant-projet consacre la distinction établie entre les règles impératives, qui s'imposent aux particuliers, et les règles supplétives ou interprétatives de volonté qui, destinées à suppléer le silence des parties, peuvent être écartées par elles.

Le droit des contrats spéciaux, en particulier, offre aux cocontractants des modèles très élaborés où des dispositions simplement supplétives côtoient des règles impératives qui relèvent d'un ordre public de protection.

Selon le Doyen Cornu, à travers les règles supplétives, "le législateur prend en considération, non seulement la volonté probable des intéressés, mais tout un ensemble de considérations sociales, économiques, historiques, qui n'ont pas leur source dans la pensée supposée des intéressés. En fonction de ces données, il forge un modèle idéal, c'est à dire une solution-type qui paraît la mieux adaptée, tous facteurs considérés, au milieu social auquel il le destine"<sup>31</sup>.

Les mérites des dispositions supplétives sont nombreux. C'est ainsi que le juge les applique dans le silence des parties, lorsque celles-ci ne sont pas entrées dans le détail lors de la rédaction de leur contrat, de sorte que les dispositions supplétives leur épargne la difficile tâche de tout prévoir. Au total, parce que les parties sont libres de les écarter si elles ne leur conviennent plus, les dispositions supplétives laissent libre cours aux évolutions

---

<sup>31</sup> G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, Paris, Montchrétien, (2003), n° 336.

souhaitées par la pratique. Mais alors se pose la question de savoir en faveur de quel texte les parties vont souhaiter exclure l'application de cet Acte uniforme ? S'agira-t-il d'y substituer un autre Acte uniforme ? Un texte national ou international ? Ou même des dispositions conventionnelles qu'elles auront élaborées ? Il semble que le texte laisse le champ libre à l'imagination des parties qui peuvent être des entreprises, des associations, des professionnels etc. ... L'importance des règles supplétives est d'autant plus grande que leur domaine ne cesse de s'étendre. Jadis cantonnées, pour la plupart, dans le domaine du droit des contrats et du droit commercial, elles gagnent aujourd'hui d'autres secteurs du droit civil, comme le droit des sûretés réelles et même le droit de la famille.

La contractualisation a aujourd'hui le vent en poupe <sup>32</sup> !

b) N'y a-t-il pas contradiction entre le caractère supplétif de l'article 1 et les dispositions impératives de l'article 10 du Traité OHADA ?

L'inexistence de contrariété avec l'article 10 ne fait aucun doute. En effet, la possibilité d'écarter en tout ou en partie les dispositions de l'avant-projet d'Acte uniforme est le corollaire nécessaire de la liberté contractuelle dont l'un des fondements est l'économie de marché.

Cette faculté n'est en rien contraire à l'article 10 du traité OHADA selon lequel "les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure". L'article 10 du Traité oblige les Etats parties à substituer les Actes uniformes à leur législation nationale portant sur des matières ayant fait l'objet de ces normes communautaires, mais il n'exclut nullement que certains Actes uniformes comportent par eux-mêmes, des dispositions supplétives, que les parties peuvent écarter<sup>33</sup> même au bénéfice des usages. Ce principe est affirmé de manière expresse à l'article 1/8 et est en conformité avec les dispositions de l'article 207 al. 2 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général : "Sauf conventions contraires des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat de vente commerciale, aux usages professionnels dont elles avaient connaissance, et qui, dans le commerce, sont largement connus et régulièrement observés par les parties à des contrats de même nature dans la branche commerciale

<sup>32</sup> J. PAILLUSSEAU, "La contractualisation de la société anonyme fermée", *Gaz. Pal.* 9-10 oct. 1998, 16 et s.; F.J. PANSIER, "De la contractualisation du droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier", *Gaz. Pal.* 1 oct. 1999, 287.

<sup>33</sup> Sur la question, voir Jacqueline LOHOUES-OBLE, "Commentaire du traité OHADA", in : *Traité commenté et annoté*, Juris, 2<sup>o</sup> éd. (2004).

considérée". Il en va de même en matière d'arbitrage : l'article 17 al. 2 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage prévoit : "Dans tous les cas, l'arbitre tiendra compte des stipulations du contrat et des usages du commerce".

Par ailleurs, l'article 14, al. 1 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage confirme ce principe dans la conduite de l'arbitrage : "Les parties peuvent directement ou par référence à un règlement d'arbitrage régler la procédure arbitrale ; elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix" <sup>34</sup>.

Le législateur OHADA a pris conscience à travers ces divers textes de ce que les lois étatiques ne constituent plus aujourd'hui l'unique encadrement normatif. Celui-ci peut relever non seulement des lois étatiques mais aussi de la volonté des parties et d'autres règles. Mais quelle portée doit-on reconnaître aux règles supplétives ?

## 2) La portée limitée du caractère supplétif des dispositions de l'article 1/2

Selon l'article 1/2 "Les parties peuvent exclure l'application ... à moins que cet Acte uniforme n'en dispose autrement". En effet, plusieurs articles de l'avant-projet d'Acte uniforme énoncent le caractère impératif de certaines dispositions, réduisant d'autant la portée des dispositions supplétives. Il en va ainsi notamment des articles 1/6 ; 3/21 ; 5/7 ; 12/3 ...

### a) L'article 1/6 est relatif à la bonne foi

"Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée". Par cet article, la bonne foi voit sa portée renforcée, son rôle accru d'autant que les conséquences qui en découlent sont nombreuses : interdiction de se contredire (article 1/8), sanction de la mauvaise foi dans les négociations (article 2/15), devoir de collaboration (article 5/3), atténuation du préjudice (article 7/26) <sup>35</sup>. Cela fait partie des innovations que l'on ne peut qu'approuver en ce qu'elles permettent d'assurer *la sécurité des transactions et d'assurer la protection de la partie faible*. Car la liberté contractuelle n'autorise pas les parties à échapper à toute règle morale et de responsabilité ; encore que la bonne foi se présume <sup>36</sup> : l'article 2268 du Code civil reconnaît le principe de l'exécution de bonne foi des contrats.

<sup>34</sup> Cf. MEYER, *supra* note 24, 120.

<sup>35</sup> Cette orientation est très caractéristique des développements récents du droit du commerce international, cf. Marcel FONTAINE, *Note explicative à l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats*, *supra* note (\*), n° 39 et 40.

<sup>36</sup> Cf. *supra* sur la détermination du contenu de la liberté contractuelle.

Par suite de l'accord des volontés, le contrat est soumis au principe de liberté, de responsabilité et de sécurité. C'est pourquoi, dans toutes ces hypothèses, la conciliation des intérêts en présence doit être recherchée. L'avant-projet est du reste, favorable à la gestion de l'inexécution contractuelle par les parties, avec parfois des solutions innovantes (article 7/1 et suivants).

Le respect de la parole donnée est une règle morale, qui, dans son principe paraît admise de façon unanime parce que la force obligatoire du contrat est nécessaire à la confiance du créancier et au crédit. L'article 1134 du Code civil n'affirme-t-il pas que "Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites" ? A la condition bien entendu qu'elles aient un objet licite. La formule marque bien la force créatrice du contrat. Pour avoir force et être un contrat, l'acte doit réunir des conditions déterminées par la loi .

Enfin, lorsque l'on dit que les contrats sont obligatoires, cela signifie que les parties ne peuvent pas, unilatéralement, revenir sur leurs engagements et que c'est l'accord des deux contractants pour ne plus exécuter, qui permet de faire échec à cette force obligatoire. Cependant l'article 7/15 de l'avant projet, en disposant que : "Une partie est fondée à résoudre le contrat si, avant l'échéance, il est manifeste qu'il y aura inexécution essentielle de la part de l'autre partie", n'autorise-t-il pas une inexécution anticipée unilatérale ? C'est une innovation qui ne fera certainement pas l'unanimité.

b) L'article 3/21 porte sur la validité du contrat

"Les dispositions du présent chapitre sont impératives, sauf celles qui concernent l'impossibilité initiale ou l'erreur". Ce chapitre est relatif à l'importante question de la validité du contrat, avec l'énumération des cas d'invalidité et de nullité. Il est évident que l'on ne saurait laisser aux parties le choix de préciser quand une convention est valable ou non. Si la notion d'erreur est connue et a fait l'objet de nombreuses applications <sup>37</sup>, il n'en est pas de même de l'impossibilité initiale (article 3/3). Que faut-il entendre par "impossibilité initiale" ? Il s'agit là d'un concept nouveau qui gagnerait à être explicité.

<sup>37</sup> Si le caractère progressiste de cette solution ne fait aucun doute, en revanche, cela peut entraîner sûrement des difficultés de tous ordres eu égard aux pouvoirs traditionnellement reconnus au juge. Dans la mesure où le droit des contrats se situe au coeur de la culture juridique, les changements aux modes de penser peuvent y être ressentis de manière plus sensible, même si le Professeur FONTAINE indique que les réactions qu'il a obtenues en soumettant ses interlocuteurs à une série de questions relatives à certaines prises de position des Principes d'UNIDROIT laissent présager que les nouveaux textes seraient bien accueillis.

c) L'article 5/7 porte sur la détermination du prix

Cet article propose de combler les lacunes d'un contrat, notamment l'absence de l'indication du prix, par le recours aux usages ainsi qu'à un tiers. Une place aussi importante ne peut être accordée aux usages que si l'on se trouve dans le domaine commercial. C'est un principe qui a toujours été admis.

Du reste, l'article 206 al. 3 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général va dans ce sens lorsqu'il précise que : "Pour déterminer l'intention de l'une des parties, ou celle d'une personne raisonnable, il doit être tenu compte des circonstances de fait, et notamment des négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des pratiques qui se sont établies entre elles, voire encore des usages en vigueur dans la profession concernée". C'est dire que l'interprétation du contrat doit se faire d'abord par rapport à la commune intention des parties sur la base de l'autonomie de la volonté, tempérée par la prise en compte des éléments liés à la phase précontractuelle d'une part et des pratiques et usages d'autre part.

En outre, l'avant-projet consacre une nouvelle répartition des pouvoirs entre les parties et le juge. Celui-ci est doté du pouvoir d'intervention pour compléter des contrats incomplets, par exemple pour fixer le prix. ou même, pour réduire le montant des clauses pénales manifestement excessives comme l'indique l'article 7/31 (clauses pénales). Un tel pouvoir n'était pas reconnu au juge par le passé, et fait partie des solutions progressistes <sup>38</sup>.

d) L'article 12/3 concerne les délais de prescription

Enfin, si l'article 12/3 al. 1 reconnaît aux parties la possibilité de modifier les délais de prescription, ce qui n'est pas anodin, des restrictions existent cependant dans la mesure où les parties ne peuvent dans certains cas les réduire. Tel est le cas par exemple de la prescription de droit commun qui ne peut être ramenée à moins d'un an, et le délai maximum à moins de quatre ans ni être rallongée à plus de quinze ans. Il s'agit là encore d'innovations majeures qui trouvent leur fondement dans les Principes d'UNIDROIT.

Tout ceci montre bien que la liberté contractuelle largement affirmée connaît des limites. Le texte instaure en fait, une liberté surveillée.

---

<sup>38</sup> Les clauses contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs et les dispositions impératives.

## II. – L'INSTAURATION D'UNE LIBERTE SURVEILLEE

Quand au XX<sup>ème</sup> siècle on a cherché à apporter des limites à la liberté contractuelle, c'était, semble t-il, dans le but légitime d'éviter qu'une des parties impose sa volonté à l'autre sous couvert d'accord de volontés. N'y a-t-il pas parfois un risque d'aliénation à accepter d'intérioriser certaines contraintes par le biais d'un contrat, en particulier, lorsqu'on sait que la multiplication des contrats modifie inévitablement la répartition des responsabilités, des risques, et donc des pouvoirs ? Le contrat n'est qu'un moyen, un instrument, que le droit sanctionne parce qu'il permet des opérations socialement utiles. Il en résulte que le contrat doit être conforme au droit positif, qui exprime l'intérêt général.

L'évolution des relations contractuelles a conduit l'avant-projet d'Acte uniforme à admettre que l'autonomie de la volonté ne peut être aujourd'hui comme hier, absolue. Cependant, il continue de voir dans cette autonomie le principe qui doit toujours inspirer la théorie générale des contrats. Elle demeure la règle, parce que c'est d'elle que la volonté tire sa force contraignante. La liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat restent des "principes généraux" qui ont été maintenus et auxquels il n'est dérogé que par voie d'exception, quelle que soit d'ailleurs leur importance.

Dès lors, on s'accorde à reconnaître que le législateur et le juge doivent pouvoir assurer la conformité du contrat à l'intérêt général, à l'ordre public ou au bien commun. Et le texte qui nous est soumis n'a pas échappé à cette vision des choses en ce qu'il détermine les causes de nullité des contrats et par voie de conséquence la portée de cette nullité.

### A. Les causes de nullité des contrats

Selon l'article 3/1 : "Sont nuls tout contrat ou toute clause :

- a) contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ;
- b) contraires aux dispositions impératives de la loi, sauf si la loi en dispose autrement."

Il ressort de ce texte que deux causes essentielles sont retenues. Les développements seront assez sommaires dans la mesure où une communication est consacrée à ces questions.

#### 1) *Les clauses contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs*

Cette disposition apporte une limitation à la liberté contractuelle, plus précisément à la liberté de fixer le contenu du contrat tel qu'énoncé à l'article

1.1 <sup>39</sup>. La liberté contractuelle reconnue aux parties ne l'est que sous réserve de l'article 3.1. Ce texte est de portée générale et ne constitue pas une innovation. L'ordre public et les bonnes mœurs limitent de façon traditionnelle la liberté contractuelle. Il en va ainsi par exemple en matière de vente où le législateur OHADA, après avoir consacré la primauté de la volonté des parties, la limite par la prise en compte des circonstances de fait (article 206 al. 3 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général) et par la protection minimale obligatoire accordée aux parties par l'article 281 qui répute non écrite toute convention contraire aux dispositions relatives à la prescription des articles 275 à 280 du même texte.

a) L'*ordre public* est une notion particulièrement fuyante qui ne se laisse guère enfermer dans une définition précise <sup>40</sup>. Le législateur qualifie maintenant d'ordre public les dispositions auxquelles il entend donner expressément un caractère impératif.

Ainsi, selon PLANIOL, une disposition est d'ordre public "toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi". La fonction essentielle de l'ordre public, c'est la limitation de la liberté contractuelle au nom de l'intérêt de la société.

Un contrat peut être contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs soit par son objet, soit par son but. Mais il faut reconnaître que les règles d'ordre public sont aujourd'hui très nombreuses, elles se sont considérablement diversifiées, spécialisées et concrétisées.

A telle enseigne que l'ordre public englobe pratiquement toutes les lois impératives. Cependant, il ne se confond pas avec lesdites lois, car il peut avoir une autre source que la loi. C'est ainsi que la jurisprudence peut, en l'absence de toute disposition légale expresse, annuler un contrat contraire à l'ordre public. Il existe ainsi un *ordre public virtuel* à côté de l'*ordre public textuel*. De même, la loi qui renvoie aux usages peut leur donner exceptionnellement une valeur impérative.

b) Quant à la notion de *bonnes mœurs*, elle exprime l'aspect moral de l'ordre public, c'est-à-dire les règles morales dont l'intérêt de la société impose le respect aux volontés individuelles.

Que dire des dispositions impératives ?

---

<sup>39</sup> Cf. Association Henri Capitant, "L'ordre public", Journées libanaises de Beyrouth, Paris, L.G.D.J. (2001).

<sup>40</sup> *Ibid.*



## 2. Les clauses contraires aux dispositions impératives

### a) Le principe

Les dispositions impératives sont celles qui s'imposent aux parties, celles auxquelles elles ne peuvent déroger. De telles dispositions se rencontrent à l'article 281 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général: "Toute convention contraire aux dispositions des articles 275 à 280 ci dessus est réputée non écrite".

Il s'agit généralement de dispositions de protection minimale obligatoire accordée aux parties.

Cependant, ce principe connaît une exception.

b) L'exception est contenue dans ce membre de phrase de l'article 3/1 al. B : "sauf si la loi en dispose autrement". Telle ou telle disposition d'ordre public peut-être inopportune mais, dans leur principe les dispositions impératives sont légitimes et l'affirmation d'un principe de liberté contractuelle n'autorise pas en elle-même à les contester, ni à leur donner une interprétation restrictive.

Si l'on se réfère à la fonction de l'ordre public, les lois d'ordre public limitent la liberté contractuelle. Elles s'imposent aux parties, qui ne peuvent y déroger. Cette définition est également celle des lois impératives, par opposition aux lois interprétatives ou supplétives, qui ne s'appliquent qu'à défaut de volonté contraire des parties <sup>41</sup>.

Faut-il en conclure que les lois d'ordre public et les lois impératives constituent une seule et même catégorie, les deux expressions pouvant être employées l'une pour l'autre ? L'on s'accorde à dire que l'ordre public peut avoir d'autres sources que la loi. Il en va ainsi notamment de la jurisprudence. Il appartient en effet aux tribunaux, dans l'exercice de leur pouvoir d'interprétation, de déterminer, à défaut de précision dans la loi, si celle-ci est ou non impérative. Il en va de même de la coutume et des conventions collectives. Il ne peut donc se confondre avec les lois impératives.

<sup>41</sup> Nécessité de respecter la volonté des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage, la volonté de ne pas priver d'efficacité l'accord compromissaire en cas de nullité alléguée du contrat qui le contient, et partant de ne pas nuire à l'arbitrage. Sur la question, voir : J. LOHOUES-OBLE, "Commentaire", sous Titre 4 du Traité relatif à l'arbitrage in *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2<sup>ème</sup> éd. (2002), ; Cf. MEYER, *supra* note 24, 107 (108).

## **B. La portée de la nullité**

L'avant-projet, eu égard aux inconvénients qui s'attachent à la nullité, n'a pas voulu que cette sanction soit prononcée sans discernement. Il fait la distinction entre "*le contrat*" et "*la clause*". Ce qui conduit à s'interroger sur la nature de cette nullité, est-elle absolue ou relative ?

### *1. L'étendue de la nullité*

Le texte fait la distinction selon que la nullité concerne le contrat ou qu'elle touche à une clause du contrat. Dans le second cas, le contrat pourrait subsister.

La solution retenue par le texte montre le souci de l'avant-projet de ne pas recourir systématiquement à la nullité du contrat lorsqu'une règle légale a été méconnue. Cette idée qui ressort des dispositions de l'article 3/1 : "*Sont nuls tout contrat ou toute clause ...*" affirme une règle essentielle, celle de l'autonomie d'une clause par rapport au contrat qui la contient. Ceci permet d' "*immuniser*" pour reprendre un terme médical, la clause par rapport aux causes d'invalidité susceptibles d'affecter le contrat qui la contient.

Cette formule existe aussi dans l'Acte uniforme sur l'arbitrage, dont l'article 4 dispose que : "*La convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal*".

Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat et elle est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un "*droit étatique*".

Même si les fondements qui sous-tendent cette autonomie en matière d'arbitrage ne sont pas les mêmes qu'en matière de contrat, l'on peut noter la volonté du texte d'assurer la sécurité des transactions. Ce qui signifie que si un contrat comprend plusieurs clauses dont une seule est contraire aux règles d'ordre public ou aux bonnes mœurs ou à des règles impératives, seule cette clause sera déclarée nulle, et on laissera subsister le contrat.

### *2. La nature de la nullité : nullité relative ou absolue ?*

Il s'agit ici d'une nullité textuelle, qui s'oppose à la nullité virtuelle *du seul fait qu'un acte juridique contrevient à une règle égale, même si aucune disposition ne l'a prévue, à condition que l'intérêt que la loi vise à sauvegarder soit assez important pour justifier cette sanction*. La règle selon laquelle il ne saurait avoir de nullité sans texte est une exception à la règle générale.

La nullité prônée à l'article 3/1 est une nullité absolue, cela ressort des dispositions de l'article 3/13. Ce qui signifie que toute personne qui y a intérêt peut en demander la nullité et qu'elle n'est pas susceptible de confirmation.

En outre, cette nullité a un effet rétroactif, avec ce qu'elle entraîne comme conséquence, à savoir, la restitution simultanée de ce que chacune des parties a reçu ; et ce qui ne peut être restitué en nature doit l'être en valeur (article 3/19) ; Ce sont là des règles classiques qui sont reprises ici, selon lesquelles lorsque intervient la nullité, tout doit se passer comme si le contrat en question n'avait jamais existé.

En conclusion, malgré les restrictions qui lui sont portées, l'autonomie de la volonté reste d'une façon générale, le principe explicatif dont on déduit le régime du contrat.

En plus des observations faites en liminaire, l'adoption définitive de ce texte si elle doit avoir lieu, va supposer le réexamen de l'ensemble des huit Actes uniformes en vigueur pour que l'on puisse opérer une mise en cohérence de cet avant-projet de texte avec les premiers déjà en application.



**AUTONOMY OF THE PARTIES : THE SUPPLEMENTAL CHARACTER OF THE PROVISIONS OF THE OHADA PRELIMINARY DRAFT UNIFORM ACT ON CONTRACT LAW** (Abstract)

Jacqueline LOHOUES-OBLE (Agrégée of the Law Faculties; Legal Adviser to the Inter-African Conference of Insurance Markets (CIMA), former Minister of Justice (Côte d'Ivoire))

While noting the "legislative frenzy" that has got hold of OHADA, intent on widening the scope of its Community law and extending the competences of its institutions, and while expressing regret at the over-ambitious tenor of the preliminary draft Act on contracts which aims to cover all contractual relations (that is to say, both commercial and non commercial), the author of this report recalls that the reason for launching project was that the contract law applicable in most OHADA member States was outdated and fragmentary and it was felt that general guidelines were needed to provide the kind of legal security demanded by economic operators, bearing in mind that contracts and companies constitute the two main legal pillars of economic life.

The preliminary draft enshrines the key principle of freedom of contract, as spelled out in Article 1, Chapter 1 on general provisions ("Subject to Article 3/1, the parties are free to enter into a contract and to determine its content"). The parties are free to enter into negotiations, to choose their partner, to determine the form of the contract, to fix its content (this includes clauses to deal with non-performance). Contractual freedom has its corollary in the flexibility provided in Article 1/2, which

allows the parties to “exclude the application of this Uniform Act or derogate from or vary the effect of any of its provisions ....”), a provision which underlines the supplemental, non-mandatory nature of the provisions of the future Act. This is no way conflicts with Article 10 of the OHADA Treaty according to which “Uniform Acts are directly applicable and overriding in the Contracting States notwithstanding any conflict they may give rise to in respect of previous or subsequent enactment of municipal laws,” which effectively requires the member States to replace their national laws by the Uniform Acts dealing with matters regulated by these Community rules but which does not prevent the Uniform Acts themselves containing mandatory provisions from the parties may derogate.

However, the parties’ freedom of contract is a “controlled” freedom: in providing that “The parties may exclude the application of this Uniform Act ....”, Article 1/2 adds the proviso: “except as otherwise provided in this Uniform Act”). Some of the provisions of the future Act are mandatory: in addition to the duty of good faith – Article 1/6 and several other clauses, the main limitation on the parties’ freedom of contract features in Article 3/1 on Illegality (“Any contract or term that is contrary to (a) public order or good moral standards; or to (b) mandatory provisions of the law, except where the law provides otherwise; is void”), and the report discusses the scope and consequences of this principle, as well as the exceptions thereto, in considerable detail.

