

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. IX

2004-2

LE PROJET D'ACTE UNIFORME OHADA SUR LES CONTRATS ET LES PRINCIPES D'UNIDROIT RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL

Marcel Fontaine

Le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international

Marcel Fontaine *

INTRODUCTION

Un très ambitieux projet d'harmonisation du droit des contrats est en cours de réalisation. Les seize et bientôt dix-sept ¹ pays africains membres de l'*Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* (OHADA) seront dans un proche avenir appelés à adopter un Acte uniforme sur le droit des contrats, inspiré des *Principes relatifs aux contrats du commerce international* élaborés par UNIDROIT.

Après avoir brièvement présenté l'OHADA, ses premières réalisations et son fonctionnement (I), nous exposerons comment le présent projet a pris corps (II), nous rappellerons la nature et l'importance des *Principes* d'UNIDROIT (III) et nous soulignerons l'intérêt de ces *Principes* comme modèle d'une telle harmonisation du droit des contrats (IV). Nous décrirons ensuite la méthode et les principes adoptés pour l'élaboration de l'avant-projet (V), avant d'évoquer certains des principaux problèmes à résoudre (VI).

I. – L'OHADA

Instituée par le Traité du 17 octobre 1993, l'*Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* regroupe actuellement le Bénin, le Burkina-Faso, le Cameroun, le Congo (Brazzaville), la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée équatoriale, le Mali, le Niger, la République Centrafricaine, le Sénégal, le Tchad, le Togo et l'Union des Comores. La République démocratique du Congo (Kinshasa) a manifesté son intention d'adhérer à l'OHADA en 2004.

Quatre institutions majeures ont été mises en place. Le *Conseil des Ministres* est l'organe exécutif et législatif de l'OHADA. Réunissant les Ministres des Finances et de la Justice des Etats parties, le Conseil est chargé de l'adoption des actes uniformes. Le *Secrétariat Permanent* est l'organe administratif qui met en œuvre les textes adoptés.

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

¹ Après l'adhésion de la République démocratique du Congo, annoncée pour 2004.

La *Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, en tant que cour suprême, interprète et applique le droit uniforme ; elle administre les procédures arbitrales soumises à son règlement. L'OHADA a également institué un organe de formation, l'*Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature*.

L'article 2 du Traité énumère une série de matières concernées par l'harmonisation, tout en permettant au Conseil des Ministres d'élargir la liste. L'élaboration des avant-projets est confiée à des experts, sous les auspices du Secrétariat Permanent. Les textes proposés sont soumis aux gouvernements des différents Etats membres. Dans chaque pays, une commission nationale a été établie en vue de donner son avis sur les projets. Les Etats transmettent leurs observations au Secrétariat Permanent. Les commissions nationales sont alors réunies en assemblée plénière pour aboutir à un consensus. Les Etats membres sont une nouvelle fois invités à exprimer leurs commentaires. Le projet, accompagné des observations des Etats, est transmis pour avis à la Cour de Justice et d'Arbitrage, qui vérifie notamment la conformité du projet au Traité. Le projet est ensuite adopté par le Conseil des Ministres. Le nouvel Acte Uniforme entre en vigueur selon les modalités prévues à l'article 9 du Traité ; il devient directement applicable et obligatoire dans les Etats membres.

L'œuvre d'harmonisation est déjà bien engagée. Des Actes uniformes ont déjà été adoptés dans les matières de l'arbitrage, du droit commercial général, des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique, du droit comptable, des sûretés, des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, des procédures collectives d'apurement du passif et des transports de marchandises par route ².

II. – LE PROJET D'ACTE UNIFORME SUR LE DROIT DES CONTRATS

L'œuvre d'harmonisation se poursuit conformément aux projets arrêtés par le Conseil des Ministres. A sa réunion tenue à Bangui en mars 2001, le Conseil a décidé que le Programme d'harmonisation du droit des affaires inclurait également "(...) le droit de la concurrence, le droit bancaire, le droit de la propriété intellectuelle, le droit des sociétés civiles, le droit des sociétés coopératives et mutualistes, le droit des contrats, le droit de la preuve".

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

UNIDROIT ne doit pas être présenté aux lecteurs de la *Revue de droit uniforme*. On sait que parmi ses réalisations récentes, UNIDROIT a mis au point des *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, qui ont d'emblée connu un grand reten-

² Sur l'OHADA et son œuvre d'harmonisation, cf. notamment J. ISSA-SAYEGH et J. LOHOUES-OBLE, *OHADA – Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles (2002) ; B. MARTOR / N. PILKINGTON / D. SELLERS / S. THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Paris (2004). On consultera également le site <<http://www.OHADA.com>>, où l'on trouvera notamment tous les textes, une bibliographie étendue et la jurisprudence basée sur les Actes uniformes.

tissement. L'on comprend dès lors que l'OHADA se soit adressée à UNIDROIT dans la perspective de l'élaboration projetée d'un Acte uniforme sur le droit des contrats.

UNIDROIT a donné une suite favorable à la demande du Conseil des Ministres de l'OHADA, en proposant que le soussigné soit chargé de la préparation d'un avant-projet. Le Gouvernement suisse (Direction du développement et de la Coopération) a accepté d'apporter le soutien financier nécessaire à l'entreprise.

III. – LES PRINCIPES D'UNIDROIT RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL

Le choix des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international* comme modèle du futur Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats apparaît comme particulièrement judicieux.

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

On sait que ces *Principes*, publiés pour la première fois en 1994, sont l'aboutissement de nombreuses années de recherches et de discussions de droit comparé. Ils ont été élaborés par un Groupe de travail spécial composé de représentants des principaux systèmes juridiques du monde ; l'Afrique y était représentée par un expert ghanéen³ et un spécialiste égyptien. Les *Principes* consistent en une codification de textes couvrant les principaux aspects du droit des contrats (formation, validité, interprétation, exécution et inexécution), accompagnés de commentaires détaillés et d'illustrations. La deuxième édition, publiée en 2004, a été augmentée de nouvelles dispositions traitant notamment de la représentation, des stipulations au bénéfice de tiers, de la transmission des obligations, de la compensation et de la prescription extinctive⁴.

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

³ S.K. DATE-BAH, Juge à la Cour suprême du Ghana ; cf. sa contribution dans cette *Revue*, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of the Principles of Commercial Contracts in West and Central Africa – Reflections on the OHADA Project from the Perspective of a Common Lawyer from West Africa", 269 (cf. le résumé en français, 272).

⁴ *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, Rome (2004) / *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004*, Rome (2004). Le texte de la nouvelle version, sans les commentaires, a été publié en français et en anglais dans cette *Revue*, 2004, 124-189. Cf. également le site <<http://www.unidroit.org>>.

parallèle)⁵, qui constituent une base importante dans le processus d'élaboration de la partie sur le droit des obligations du futur Code civil européen⁶.

On sait que les *Principes* d'UNIDROIT ne constituent pas en soi un instrument obligatoire. Il s'agit d'un modèle mis à la disposition des législateurs, des parties, des juges et des arbitres.

B. Reconnaissance remarquable des *Principes*

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

Les indications sont nombreuses de leur utilisation dans la pratique contractuelle. Tantôt, certaines dispositions des *Principes* sont reprises comme stipulations contractuelles ; tantôt, les parties choisissent les *Principes* comme règles de droit applicables à leur contrat. A cet égard, certains contrats modèles récents préparés par des organisations internationales recommandent une référence aux *Principes* d'UNIDROIT dans la clause de loi applicable⁷, ou invitent à tenir compte des *Principes* pour l'application et l'interprétation des règles relatives aux droits et obligations des parties⁸.

Les *Principes* d'UNIDROIT ont déjà fait l'objet d'applications jurisprudentielles (étatiques mais surtout arbitrales) très fréquentes. Les décisions connues à ce jour s'élèvent à près d'une centaine de cas⁹. La liste s'accroît de mois en mois.

De très nombreux colloques et séminaires de nature académique ou professionnelle sont consacrés aux *Principes*. Ceux-ci sont de plus en plus souvent intégrés dans l'enseignement universitaire du droit du commerce international. Ils sont commentés par une doctrine très abondante examinant le fond de leurs dispositions, leurs relations avec les droits nationaux ou les autres instruments internationaux, et leur application pratique par les opérateurs économiques et les tribunaux¹⁰.

Enfin, les *Principes* d'UNIDROIT sont rapidement devenus une référence nécessaire pour les initiatives nationales de réforme du droit des contrats depuis le début des années 1990. A des degrés divers, leurs règles ont inspiré des projets et de nouvelles

⁵ *Principles of European Contract Law*, Parties I et II, O. LANDO / H. BEALE (éd.), La Haye (2000), Partie III, O. LANDO / E. CLIVE / A. PRÜM / R. ZIMMERMANN (éd.), La Haye (2003) ; cf. O. LANDO, "Principles of European Contract Law", *Revue de droit des affaires internationales* (1997), 189-202. *Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par G. Rouhette, Société de Législation Comparée, Paris (2003).

⁶ Cf. Chr. VON BAR, "Le groupe d'études sur un code civil européen", *Revue internationale de droit comparé* (2001), 127-139.

⁷ Cf. A. MOURRE / E. JOLIVET, "La réception des Principes d'UNIDROIT dans les contrats modèles de la Chambre de Commerce Internationale", cette *Revue*, 2004, 275.

⁸ Cf. J.-P. VULLIET, "Le Contrat-type pour les *Joint Ventures* contractuelles du Centre du Commerce International au regard des Principes d'UNIDROIT et d'autres normes d'unification du droit des contrats", cette *Revue* (2004), 295.

⁹ Cf. les décisions publiées sur le site Internet <www.unilex.info>.

¹⁰ Voir notamment les bibliographies publiées régulièrement dans la présente *Revue*.

législations dans plusieurs pays importants (entre autres en Russie, en Estonie, en Lituanie, en Allemagne, en Argentine et en Chine) ¹¹.

IV. – LES PRINCIPES D'UNIDROIT, MODELE POUR L'AVANT-PROJET OHADA

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

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

V. – METHODE D'ELABORATION DU PROJET D'ACTE UNIFORME ET PRINCIPES DIRECTEURS

A. Méthode d'élaboration

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

Dans cet esprit, trois voyages ont été effectués dans un échantillon de neuf Etats Parties de l'OHADA, proposé par le Secrétariat Permanent. Dans chaque pays, un "facilitateur" désigné par le Ministre de la Justice a organisé un grand nombre de contacts entre l'expert et des spécialistes des différents milieux juridiques : hauts fonctionnaires, magistrats, avocats, notaires, professeurs, représentants des milieux économiques, etc. ... Au total, c'est plus de cent personnes qui ont été rencontrées, au cours d'entretiens particulièrement instructifs où l'expert a recueilli informations, réactions et suggestions sur l'état actuel du droit des contrats dans les différents pays, sur le projet d'Acte uniforme en soi, sur le choix des *Principes* d'UNIDROIT comme modèle, sur les spécificités africaines à prendre en considération, sur les grandes options à prendre dans la réalisation de l'avant-projet.

Le nombre de pays visités devait nécessairement être circonscrit. Toutefois, une consultation plus large a été organisée avec la coopération d'UNIDROIT, par la diffusion d'un questionnaire auprès de personnes intéressées dans les autres Etats Parties. De nombreuses réponses ont été reçues.

¹¹ Sur ces différents aspects de la large reconnaissance déjà obtenue par les *Principes* d'UNIDROIT, cf. M.J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, New York, 2^{ème} éd. (1997), 229-254.

B. Principes directeurs

Deux principes de base gouvernent l'élaboration de l'avant-projet.

1) *Rester proche du modèle*

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

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

On ajoutera un avantage non négligeable pour les pays de l'OHADA. Les *Principes* qui ont été rédigés en français et en anglais sont aussi immédiatement disponibles en traduction dans de nombreuses autres langues, dont l'espagnol et le portugais.

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

2) *Tenir compte des spécificités africaines*

Ce qui précède trouve un correctif important dans la seconde ligne directrice retenue : l'avant-projet doit néanmoins comporter les aménagements nécessaires en vue de tenir compte des spécificités africaines, particulièrement celles des pays de l'OHADA.

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

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

Autant ce droit traditionnel connaît des manifestations bien connues dans des domaines tels que celui des relations familiales, autant il paraît difficile d'identifier son contenu en droit général des contrats. S'il existe encore des normes autochtones pour régir les échanges contractuels locaux, elles sont en tout cas mal connues. Les études portant sur le droit africain traditionnel ont d'ailleurs révélé que si celui-ci connaît des contrats spécifiques originaux, il ne paraît pas avoir développé de théorie générale des contrats ¹².

¹² Cf. S.K. DATE-BAH, "Communication sur le droit des obligations civiles", *Revue sénégalaise de droit* (1977), 80.

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

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

Toutefois, pareille "*spécificité*" ne fournit pas de dénominateur commun à l'harmonisation projetée. Ce sont plusieurs "*traditions juridiques*" différentes qui co-existent. Le système juridique appliqué dans la partie anglophone du Cameroun relève même d'une autre "*famille juridique*", celle de la *common law*.

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

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

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

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

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

– Dans la plupart des pays, l'attention a également été attirée sur la faiblesse généralisée de la "*culture juridique*". Les règles de droit sont ignorées ou très mal connues des justiciables. En cas de difficulté ou de litige, très peu font appel au système judiciaire et aux professions juridiques ; la plupart préfèrent d'autres modes de règlement des différends ... ou se résignent à leur sort. Le phénomène se manifeste aussi à travers l'incompétence plus ou moins grave de bon nombre de magistrats.

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

La solution ne paraît pas de prévoir un droit des contrats simplifié, limité à un certain nombre de règles élémentaires de compréhension aisée. Ce ne serait pas la bonne manière de doter les pays de l'OHADA d'une armature juridique susceptible d'attirer les investisseurs et de permettre aux Etats membres de participer à armes égales aux échanges internationaux.

Les problèmes en cause ne sont d'ailleurs aucunement spécifiques au droit des contrats. Ils se posent sur un plan général, et notamment à propos des Actes uniformes OHADA déjà en vigueur, dont l'application effective est encore souvent problématique.

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

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

VI. – QUELQUES QUESTIONS IMPORTANTES

L'élaboration de l'avant-projet fait apparaître un certain nombre de questions importantes. Quatre d'entre elles se détachent. Le futur Acte uniforme instaurera-t-il un droit particulier pour les contrats commerciaux, ou un droit commun applicable à tous contrats tant civils que commerciaux ? Compte tenu du taux généralement élevé d'analphabétisme, le droit des contrats doit-il être formaliste ou non formaliste ? Certaines des innovations qu'introduira un Acte uniforme inspiré par les *Principes d'UNIDROIT* ne risquent-elles pas de susciter des problèmes d'adaptation ? Comment régir, dans l'avant-projet, les matières non couvertes par les *Principes d'UNIDROIT* ?

Nous voudrions évoquer ces différentes questions, sans préjuger des réponses qui seront finalement proposées.

A. Un droit particulier pour les contrats commerciaux, ou un droit commun des contrats ?

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

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

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

En faveur d'un régime unique, différentes considérations peuvent entrer en jeu.

Tout d'abord, des précédents existent d'extension du champ d'application d'Actes uniformes OHADA aux opérations civiles. Il en est ainsi en matière d'arbitrage, de sûretés et de procédures de recouvrement.

Prévoir deux droits des contrats susciterait des difficultés de départage ; l'on songe en particulier aux contrats "mixtes", conclus entre commerçants et consommateurs. Le débat sur la commercialité peut apparaître dépassé. Des codes ou lois couvrant ensemble les obligations tant civiles que commerciales existent déjà dans plusieurs pays, tels que la Suisse et l'Italie, mais aussi le Sénégal et le Mali. Il n'y a d'ailleurs pas de théorie générale des contrats commerciaux ; la seule théorie générale des contrats est celle qui se trouve actuellement dans le Code civil (du moins, pour la plupart des pays de *civil law*), et elle vaut comme tronc commun pour tout le droit privé. L'unification permettrait de ne pas priver les contrats civils du bénéfice de la modernisation qu'apportera l'Acte uniforme.

Limiter le nouvel Acte aux contrats commerciaux placerait surtout les pays de l'OHADA dans une situation insolite. En effet, pareille décision laisserait subsister le droit actuel des contrats pour régir les contrats civils. Il en résulterait une coexistence de deux régimes complets du droit des contrats, comportant entre eux d'importantes différences. Or pareille situation ne s'est guère présentée dans l'histoire¹³. Presque partout et toujours, c'est un seul droit général des contrats qui prévaut, applicable tant aux contrats civils qu'aux contrats commerciaux, quitte à ce que des distinctions apparaissent sur des questions particulières (par exemple, en matière de preuve).

La majorité des avis entendus lors des voyages préparatoires sont favorables à un droit des contrats unifié. La question reste cependant délicate, notamment parce que la réponse donnée aura des répercussions sur l'étendue du dessaisissement des juridictions nationales au profit de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

B. La question du formalisme

Compte tenu du taux généralement élevé d'analphabétisme, le droit des contrats doit-

¹³ Si ce n'est à l'époque où certains pays socialistes européens disposaient de codifications distinctes pour les contrats du commerce international ; la Tchécoslovaquie a même connu la coexistence de trois codes, un code civil, un code économique (pour les contrats du Plan) et un code du commerce international.

il être formaliste ou non formaliste ?

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

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

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

Sur cette question essentielle, les opinions entendues sont très partagées.

D'une part, il existe en Afrique une *"tradition de l'oralité"*. Bien des hommes d'affaires les plus prospères de la sous-région sont analphabètes. Certains des interlocuteurs rencontrés, notamment parmi les représentants des milieux économiques, préconisent une large absence de formalisme. La réalité africaine est l'analphabétisme : le droit doit donc être aussi simple que possible. En matière de contrats, la preuve devrait être libre, quel que soit le montant.

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

Entre ces deux extrêmes, la majorité des avis entendus sont favorables à un certain degré de formalisme dans le droit des contrats, au niveau probatoire.

Mais quelles pourraient être les modalités d'un formalisme de protection répondant au phénomène de l'illettrisme ?

Des exemples sont fournis par certaines dispositions actuelles, comme l'article 20 de la loi sénégalaise sur les obligations civiles et commerciales, qui prévoit l'intervention de deux témoins certifiant dans l'écrit l'identité et la présence du contractant, et attestant que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés. Toutefois, il semble qu'un tel système ne fonctionne pas bien en pratique : la partie concernée hésite à recourir à cette formalité qui paraît trahir un manque de confiance envers le partenaire, et qui ne permet pas d'éviter certaines contestations ultérieures de mauvaise foi. Il faut également tenir compte du coût, et souvent des difficultés pratiques, liés au recours à un tiers.

La solution à retenir dépend partiellement de la décision qui sera prise concernant le champ d'application du futur Acte uniforme sur les contrats. Il est en effet concevable de prévoir un certain formalisme pour les contrats civils, et une absence de formalisme, ou un formalisme plus léger, pour les contrats commerciaux. Un Acte qui concernerait tant les contrats civils que les contrats commerciaux pourrait sur ce point prévoir des règles différentes. Mais on retiendra que rien de ce qui sera inclus dans l'Acte uniforme sur les contrats ne fera obstacle à l'existence de règles spécifiques pour certains contrats particuliers, tels que par exemple les ventes immobilières, certains types de sociétés ou les contrats de consommation.

L'Acte uniforme sur les contrats ne devra pas nécessairement prendre position. En effet, l'OHADA envisage l'élaboration d'un autre Acte uniforme sur la preuve. Si tel devait être le cas, le premier se bornerait à renvoyer au second en matière de preuve.

C. L'accueil de conceptions nouvelles

Dans les pays de l'OHADA, l'introduction d'un Acte uniforme inspiré par les Principes d'UNIDROIT apportera de nombreuses modifications aux manières d'appréhender et d'appliquer le droit des contrats tel qu'il existe actuellement. Certaines innovations ne risquent-elles pas de susciter des problèmes d'adaptation ?

Pareille situation ne serait pas nouvelle ; elle s'est déjà produite dans les différents secteurs où des actes uniformes sont intervenus. Mais le droit des contrats se situe au cœur de la culture juridique et les changements aux modes de penser peuvent y être ressentis de manière plus sensible.

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

1) Bonne foi – protection de la partie faible

Les opinions sont positives sur de nombreuses questions. Ainsi en est-il de l'accent marqué que les *Principes* d'UNIDROIT placent sur la bonne foi (article 1.7) et certaines de ses conséquences : devoir de collaboration (article 5.3), atténuation du préjudice (article 7.4.8), sanction de la mauvaise foi dans les négociations (article 2.15). Ainsi en est-il aussi des dispositions que les Principes comportent en vue de sanctionner des abus de la partie forte, comme en matière de lésion ("*avantage excessif*" – article 3.10), de clauses exonératoires (article 7.1.6) et de clauses pénales ("*indemnité établie au contrat*" – article 7.4.13).

2) Bouleversement des circonstances

Est également bien accueillie par la plupart la possibilité de renégocier le contrat en cas de bouleversement des circonstances (*Principes*, articles 6.2.1 à 6.2.3), alors que certains des systèmes juridiques des pays de l'OHADA, inspirés du droit français,

rejettent l'imprévision. Mais beaucoup ont évoqué la dévaluation du franc CFA, qui a laissé de mauvais souvenirs. La renégociation des contrats lors de changements de circonstances serait d'ailleurs conforme à la réalité africaine, et pareille disposition serait particulièrement utile dans le contexte d'instabilité que connaît l'Afrique. Il importe de souligner que le régime mis en place par les *Principes* d'UNIDROIT est assorti de nombreuses sauvegardes contre les utilisations abusives.

3) *Résolution pour inexécution*

Bien qu'une majorité se dégage également en faveur de la solution retenue par les *Principes*, les avis sont plus partagés en ce qui concerne le mode de mise en œuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour manquements graves de l'une des parties. Dans le régime introduit par le Code civil français dans bon nombre des pays de l'OHADA, cette résolution doit être demandée en justice. Les *Principes* disposent au contraire que "La résolution du contrat s'opère par notification au débiteur" (article 7.3.2).

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

La majorité se rallie par contre à la solution de la résolution par simple notification. Celle-ci est perçue comme satisfaisant aux exigences de rapidité. Elle simplifie la procédure, elle est de nature à désengorger les tribunaux. La résolution judiciaire peut prévenir des abus, mais elle présente l'inconvénient majeur de retarder de plusieurs mois, si ce n'est de plusieurs années, la solution d'une crise contractuelle qui peut être aiguë : il est souvent urgent pour le contractant lésé de pouvoir se dégager du contrat pour trouver un autre partenaire.

Il faut souligner qu'en droit comparé, la solution de la résolution unilatérale, le contrôle judiciaire s'exerçant *a posteriori*, s'est imposée presque partout, notamment en droit allemand, en droit suisse, en droit portugais, en *common law* et dans l'important instrument international qu'est la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (articles 49 et 64). En droit belge, la jurisprudence la plus récente, soutenue par la doctrine, reconnaît à présent la validité d'une résolution par déclaration unilatérale dans certaines circonstances, malgré l'article 1184 du Code civil toujours en vigueur dans ce pays¹⁴. Une évolution analogue paraît s'amorcer en France¹⁵. La pratique tend d'ailleurs à assurer ce résultat en stipulant des clauses résolutoires expresses.

4) *Cause et "consideration"*

¹⁴ Cf. S. STIJNS / D. VAN GERVEN / P. WERY, "Chronique de jurisprudence – Les obligations : les sources (1985-1995)", *Journal des Tribunaux* (Bruxelles), 1996, 740-742.

¹⁵ Cf. Chr. JAMIN, "Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ?", dans M. FONTAINE / G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles et Paris (2001), 451-512.

La question qui a paru susciter le plus de réactions est peut-être celle qui, dans la pratique, s'avérera la moins porteuse de conséquences une fois en vigueur un Acte uniforme sur les contrats inspiré des *Principes* d'UNIDROIT.

Les *Principes* ne recourent ni au concept de "cause" (familier à certains systèmes juridiques de *civil law*) ni à celui de "consideration" (caractéristique des systèmes de *common law*). Or l'abandon de la notion de cause a surpris de nombreux interlocuteurs de tradition juridique française : comment concevoir un droit des contrats sans ce concept fondamental ? Mais les *common lawyers* rencontrés au Cameroun ont eu une réaction parallèle, et tout à fait similaire, à propos de la *consideration* : comment imaginer un contrat sans cette notion ?

La confrontation de ces deux réactions montre bien le problème qu'ont dû résoudre les rédacteurs des *Principes* d'UNIDROIT. La notion de cause n'est retenue comme élément essentiel du contrat que dans certains pays de la famille romano-germanique (tels que la France, l'Espagne ou le Portugal), mais non dans tous : elle ne joue pas ce rôle en droit allemand¹⁶ ; par ailleurs, elle est ignorée de la *common law*. Quant à la notion de *consideration*, elle est propre à la *common law* et absente des droits romano-germaniques. Une harmonisation du droit des contrats à vocation universelle ne pouvait dès lors retenir aucun de ces deux concepts, chacun trop spécifique à tels ou tels systèmes juridiques. Or le problème se pose de la même façon pour l'harmonisation OHADA : aucune des deux notions n'est commune à l'ensemble des pays.

Malgré le rôle de condition essentielle que paraissent respectivement jouer les notions de "cause" et de "consideration" dans les droits qui retiennent l'une ou l'autre¹⁷, il est parfaitement possible de construire un droit des contrats viable sans y recourir. C'est le cas du droit allemand. C'est aussi le cas des *Principes* d'UNIDROIT.

Les différentes conséquences que le droit français et la *common law* attachent respectivement aux concepts de cause et de *consideration* ne sont pas écartées pour autant : elles sont atteintes par d'autres voies. Ainsi, en droit français, la notion de cause sert notamment à sanctionner l'illicéité, par la condamnation des contrats ayant une cause illicite. Mais le même résultat est plus simplement atteint par une disposition sanctionnant de nullité tout contrat contraire aux lois impératives, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (ou une formule analogue), sans qu'il soit besoin de se référer à une quelconque "cause" de ce contrat.

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

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

¹⁶ Cf. K. ZWIGERT / H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, ed. 1977, II, 69 ; le droit allemand ne connaît la notion de cause que dans le contexte de l'enrichissement "sans cause". Cf. aussi H. KÖTZ / A. FLESSNER, *European Contract Law*, Oxford (1997), I, 54 : "The concept is quite unknown elsewhere in Europe ...".

¹⁷ On sait toutefois que la notion de "cause" fait l'objet de critiques d'une partie de la doctrine dans les pays qui connaissent la notion, et que la notion de "consideration" est également souvent remise en question dans les pays de *common law*.

exécution, inexécution. La deuxième édition, parue en 2004, couvre en outre de nouvelles matières, principalement la représentation, la stipulation pour autrui, la compensation, la transmission des obligations et la prescription extinctive. Le projet d'Acte uniforme inclura toutes ces innovations.

Un examen attentif révèle néanmoins la subsistance de quelques lacunes dans les *Principes* d'UNIDROIT. Celles-ci seront certainement comblées dans une édition ultérieure des *Principes*, mais dans l'immédiat, il convient d'y remédier dans l'avant-projet OHADA.

De nouvelles dispositions seront ainsi proposées dans certaines matières, comme l'illicéité, le régime général des nullités, certains aspects de l'exécution (déchéance du délai d'exécution, exécution au détriment d'un créancier saisissant, exécution par un tiers), les obligations conditionnelles, solidaires et alternatives, la protection des créanciers et des tiers ou encore la confusion.

La rédaction de ces nouveaux textes trouvera son inspiration dans d'autres codifications récentes : en premier lieu les *Principes du droit européen du contrat* (qui ont déjà remédié à une partie des lacunes), le nouveau Code civil néerlandais (*Nieuwe Burgerlijke Wetboek*) et le Code civil du Québec de 1991, dont le style de rédaction, clair et concis, permet une intégration harmonieuse dans les *Principes* d'UNIDROIT.

L'élaboration de l'avant-projet d'Acte Uniforme sur le droit des contrats est en cours. Elle devrait encore aboutir en 2004. Le texte sera soumis par UNIDROIT au Secrétariat Permanent de l'OHADA, qui engagera le processus de consultation et d'adoption décrit plus haut. Au terme de cette procédure, dix-sept pays africains se verront dotés d'un droit des contrats uniforme, largement inspiré des *Principes* d'UNIDROIT. Nul doute que la réalisation de pareil projet représentera une étape importante pour le mouvement d'harmonisation du droit.



THE DRAFT OHADA UNIFORM ACT ON CONTRACTS AND THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS (Abstract)

Marcel FONTAINE, 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.

The Organisation for the Harmonisation of Business Law in Africa (OHADA), of which 16 – shortly to become 17 – Western and Central African countries are members, is engaged in a sweeping process of legislative reform and has asked UNIDROIT to assist in the preparation of a draft Uniform Act on contracts based on the Principles of International Commercial Contracts. The author of this article was mandated by UNIDROIT to undertake this task, and the Swiss Government has pledged its financial support.

After a brief introduction of OHADA, its first achievements and the way it operates, the author explains how the current project took shape, recalls the nature and importance of the UNIDROIT Principles and underlines their role precisely as a model for the harmonisation of

contract law. He describes the methods and principles according to which the future Act is being drafted, before going on to examine the chief problems that must be resolved.

In essence, two basic objectives govern the drafting process: to cleave as closely as possible to the model which has proved so successful in business dealings the world round while seeking appropriate adjustments to accommodate the special features of Africa. In this connection, the author points out that the issue is not so much one of legal specificity in the different countries concerned, but rather of sociological realities likely to influence the choice of appropriate legal rules. Two of these realities in particular loom large, as is stressed by the authorities consulted on the matter: widespread illiteracy and scant "legal culture".

The author then sets forth some of the important issues that emerged during the drafting process, without pre-empting the outcome.

- should the Uniform Act on contracts deal exclusively with commercial contracts or should it be extended to cover contracts in general, including civil contracts? While the former option appears to commend itself, several important considerations nevertheless militate in favour of a single regimen, failing which the OHADA countries might find themselves saddled with two complete but separate systems of law of contractual obligations that differ on many important counts.
- Given the generally high illiteracy rate, should the OHADA contract law be formalistic in design or should it, in line with the UNIDROIT Principles, adopt a non-formalistic approach? Opinions on this differ, but flexible, pragmatic solutions may need to be adopted in the end, even though specific rules may have to be retained for certain categories of contract, such as consumer contracts.
- Can the future Uniform Act accommodate the innovations pioneered by the UNIDROIT Principles? On the whole, the answer to this question is probably in the affirmative where the provisions on good faith and protection of the weaker party are concerned, as indeed those on renegotiation of the contract in the event of changed circumstances; as to the principle of extra-judicial remedies for non-performance, this concept is gradually gaining ground in the legislation and/or case law of a growing number of countries; finally, the concepts of "cause" and "consideration", regarded as fundamental, as to the former, in civil law countries and, as to the latter, in the common law world, may be entirely left out of a harmonised contract law if the solutions sought can be achieved by other means.
- The innovations contained in the new 2004 edition of the UNIDROIT Principles (chiefly regarding agency, third party rights, set-off, assignment of rights and limitation periods) will be incorporated in the Uniform Act but in addition other, new provisions will be suggested in several areas not so far addressed by the Principles and which will take their cue from other recent (international or national) codifications.

The final draft of the future Uniform Act on contracts is expected to be ready in 2004, and will then be submitted by UNIDROIT to the OHADA Permanent Secretariat. Once the institutional consultation and adoption procedures have been completed, 17 African countries will have at their disposal a uniform contract law broadly inspired by the UNIDROIT Principles. There can be no doubt that this achievement will prove to be a landmark in the legal harmonisation movement worldwide.

